

ESSAI
D'UNE DÉFINITION EXPRESSIVE
DU DROIT

BASÉE SUR L'IDÉE DE BONNE FOI

ÉTUDE DE DOCTRINE JURIDIQUE

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le vendredi 22 novembre 1929, à 2 heures

PAR

Alexandre Al. VOLANSKY

l'président : M. HENRI LÉVY-ULLMANN, *professeur.*
Suffragants : { MM. P. COLLINET, *professeur*
R. PIÉDELIEVRE, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE & MODERNE
ÉDOUARD DUCHEMIN
L. CHAUNY & L. QUINSAC, Successeurs
18, rue Soufflot (V°)

1929

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ESSAI
D'UNE DÉFINITION EXPRESSIVE
DU DROIT

BASÉE SUR L'IDÉE DE BONNE FOI

ÉTUDE DE DOCTRINE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le vendredi 22 novembre 1929, à 2 heures

PAR

Alexandre Al. VOLANSKY

Président : M. HENRI LÉVY-ULLMANN, *professeur.*

Suffragants : { MM. P. COLLINET, *professeur*
R. PIÉDELIÈVRE, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE & MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY & L. QUINSAC, Successeurs

18, rue Soufflot (V^e)

1929

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



AU
SOLDAT INCONNU
DE LA FRANCE ET DE LA ROUMANIE.

HOMMAGE

AVANT-PROPOS

Ayant entrepris d'étudier les questions juridiques soulevées par le problème monétaire (1) nous nous sommes heurté, dès le commencement de notre travail, au besoin d'une conception bien arrêtée sur la *notion du droit*. En effet, dans aucune matière cette nécessité ne se fait sentir avec une acuité et une importance pratique aussi catégoriques.

La prise en considération des solutions jurisprudentielles, notamment de celles qui prononcèrent la nullité, — tout au moins en ce qui concerne le droit interne privé — de la clause « payable en or » ou de quelques-unes de ses succédanées, conduit directement à faire envisager les notions les plus générales du droit. Et on est vite amené à se rendre compte qu'on n'a pu et qu'on ne peut se prononcer dans quelque sens que ce soit, sans, du même coup, accepter, et par conséquent affirmer une certaine conception du droit, différente et distincte pour chaque position à prendre. A ce sujet, il est en même temps caractéristique et curieux de rappeler l'opposition qui existe entre la doctrine des juristes,

1. François Gény, *Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'Etat en matière de monnaie et de papier-monnaie*, (Etude de droit public et de morale sociale, 1927).

qui presque tous approuvent la jurisprudence et la justifient à l'aide d'arguments économiques et celle des économistes, qui la combattent au nom des principes juridiques, des principes du droit.

D'autre part, les difficultés suscitées par l'influence de la dépréciation des instruments monétaires, sur l'exécution et la validité des contrats d'ordre pécuniaire — difficultés qui se rattachent « à la grande énigme de l'imprévision juridique » — font émettre le desiderata de la *réglementation de l'émission* de papier-monnaie, de la confection d'un *statut monétaire*, appuyé par un *règlement international*. Les considérations de convenances ou d'utilité apparaissent ainsi comme devant être « dominées par les injonctions de la morale sociale, tendant à assurer, en cette matière comme en toute autre, le règne du juste objectif ». Le principe même du droit est ainsi sollicité et mis à contribution. C'est donc ce principe qu'il faut avant tout déterminer et préciser, de façon à le mettre en état de fournir les directives qu'on attend de lui.

La notion du droit, son principe... autant dire sa définition ; mais une définition expressive qui équivaut à une solution. Nous la cherchâmes. Ne la trouvant pas toute faite, nous fûmes amené à l'étudier, et, par la suite, à en construire sa formule.

Pourtant, nous nous sommes gardé de faire table rase, pour innover. Nous nous sommes contenté du vieux-neuf ; convaincu, à l'exemple de M. Hauriou, que les « thèmes classiques y sont éternels », et

qu'il convient seulement de les renouveler dans la forme, pour les mettre au point et les adapter à la mentalité des contemporains. Et, si de ce fait on pouvait nous adresser un reproche, nous ferions observer qu'en tout cas, « un ordre nouveau d'exposition dans l'ordre des sciences morales, y crée un ordre nouveau de recherches » (1).

Quant au problème monétaire, nous croyons que, en ce qui le concerne, une étude de doctrine, comme celle portant sur la définition expressive de l'idée du droit, était tout à fait nécessaire, sinon absolument indispensable.

1. M. Bartin, dans sa *Préface* au livre de M. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 2^e éd. Paris, 1924, p. 2.

ESSAI D'UNE DÉFINITION EXPRESSIVE DU DROIT

BASÉE SUR L'IDÉE DE BONNE FOI

CHAPITRE INTRODUCTIF

NÉCESSITÉ D'UNE DÉFINITION EXPRESSIVE DU DROIT

« ... Les peuples qui n'acceptent pas la discipline des principes, subissent tôt ou tard la discipline de la force. »

Ch. BEUDANT

(*Le droit individuel et l'Etat.*
Avant-propos.)

SECTION I

Origine de cette nécessité.

- § 1. Les manifestations symptomatiques à la veille de la guerre. — § 2. L'évolution des idées pendant la grande guerre.
— § 3. La conception française du droit au XIX^e siècle.

§ 1. — LES MANIFESTATIONS SYMPTOMATIQUES

A LA VEILLE DE LA GUERRE.

1. — Ce fut à la veille et pendant la grande guerre, que la nécessité (1) d'une définition *expressive* du

1. Sur la nécessité d'une notion de droit en France et au XIX^e siècle et sur les origines et causes de cette nécessité, voir Bonnecase, *La notion du droit en France au XIX^e siècle*, chap. I,

droit commença à se faire sentir en France. Et, si une nécessité semblable s'était fait sentir dans tous les pays alliés, c'est en France, qu'elle eut — de par la force même des choses et de par sa tradition vigoureuse — une acuité particulière, et ce fut la France qui synthétisa l'idéal du monde défendant *LE DROIT*.

Cette nécessité correspondait, à la veille de la guerre, aux aspirations, aux hésitations et aux tourments de tout un siècle — le XIX^e — de critique juridique réaliste, critique, qui avait déclanché « une crise de la science de droit ». Comme l'a très bien concrétisé M. Davy, de toutes parts, « les juristes parlent de transformations du droit privé et du droit public, d'une renaissance du droit naturel, d'une révision nécessaire du Code civil. Des théories nouvelles surgissent du droit constitutionnel et de l'Etat, de la responsabilité et de la liberté. Il semble que tout soit remis en question et que l'on veuille décidément reconstruire sur des fondements nouveaux... un important article venait mettre en relief une fois de plus le divorce du droit écrit et de la vie... La pratique de son côté, posait chaque jour les mêmes nouvelles questions de responsabilité, d'assurance, d'abus de droit, d'interprétation, de volonté, etc... Le problème... portait non seulement sur les rapports de la loi écrite avec l'inter-

sect. I et surtout section II, sur *la nécessité de la notion du droit* (page 41-70). Adde: G. Davy, *le droit, l'idéalisme et l'expérience*, II^e partie de l'Introduction. — Sur l'acuité que la guerre donna à cette nécessité, voir surtout les pages 38-40.

prétation jurisprudentielle qui l'adapte à la réalité quotidienne, mais aussi, et plus profondément, sur la source même de la loi, c'est-à-dire sur la nature du droit... Le processus d'adaptation à la vie, le rôle dévolu dans cette adaptation à la doctrine et à la jurisprudence dépendent en effet de la conception que l'on se fait, idéaliste ou positiviste du droit. *Qu'est-ce que le droit ?* Voilà donc bien, en définitive, la question qui domine tout le mouvement de réforme ». Et voilà la question à laquelle se rattache la définition expressive du droit comme une formule nécessaire de la réforme cherchée.

2. — Si le terme même de *définition expressive* ne se rencontre pas dans les ouvrages qui la cherchent, la supposent ou s'en occupent, l'idée y est. Nous aurons d'ailleurs plus loin (1) l'occasion de nous expliquer largement sur cette notion ; si nous anticipons maintenant, en disant qu'une définition *expressive* est celle qui rend *l'essence*, et la *substance* (2) du défini, et par là, détermine une directive, nous serons à même de nous rendre compte, tout de suite, de la vérité de notre affirmation (3).

En effet, dès 1913, M. Gény, dans son ouvrage sur la *Science et technique en droit privé positif*,

1. Voir ci-dessous, n° 15, p. 42-43, et nos 19 et 22.

2. M. Janet précise ainsi le contenu de ces deux notions : « l'essence comprend les propriétés constantes et permanentes de l'être et principalement celles d'où dérivent toutes les autres... » La notion de substance ne signifie rien autre chose, si ce n'est qu'un être n'est pas épuisé tout entier par ses manifestations externes » (P. Janet, *op cit.*, n° 638, p. 781).

3. Voir ci-dessous, n° 15, 33, 50.

s'exprime ainsi qu'il suit — tout en reprochant aux juristes l'oubli de ce point fondamental — : « La notion du droit ...semblerait être absolument familière à l'esprit des jurisconsultes. Le droit n'est-il pas l'unique but de leurs efforts et pourraient-ils raisonnablement en poursuivre la réalisation, s'ils n'en saisissaient, d'abord, s'ils n'en possédaient, constamment, l'essence ? (1) » *Saisir et posséder l'essence* du droit, qu'était-ce, sinon — en premier lieu — connaître et donner sa définition ? Et la preuve, c'est que, quelques lignes plus bas, M. Gény la donne lui-même (2), pour y revenir quelques pages plus loin, avec, cette fois-ci, cette définition expressive, dans ses intentions et dans ses éléments : *Le droit se présente à nous comme l'ensemble des règles auxquelles est soumise la conduite extérieure de l'homme dans ses rapports avec ses semblables et qui, sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice, en un état donné de la conscience collective de l'humanité, apparaissent susceptibles d'une sanction sociale, au besoin coercitive, sont ou tendent à être pourvues de pareille sanction et d'ores et déjà, se posent sous la forme d'injonctions catégoriques dominant les volontés particulières pour assurer l'ordre dans la société* (3).

1. Gény, *op. cit.*, t. I, chap. II, p. 42.

2. *Idem*, p. 43 : « Qui dit droit, dit règlement imposé, sous une sanction sociale coercitive, à la conduite des hommes vivant en société. »

3. *Idem*, p. 51.

§ 2. — L'ÉVOLUTION DES IDÉES
PENDANT LA GRANDE GUERRE.

3. — Mais, c'est seulement pendant la grande guerre et avec notre honoré maître M. Lévy-Ullmann, que la nécessité d'une définition du droit s'affirme ouvertement et avec toute la force d'un ouvrage consacré spécialement à cette question. C'est dans son ouvrage de 1917 sur « La définition du droit », — et après avoir fait état du passage cité, de M. Gény —, que M. Lévy-Ullmann écrit : « ... il est loisible d'aller rechercher la véritable définition du droit. *La définition du droit ?* Oui, sa définition au sens strict et technique du terme ; une définition, c'est-à-dire une phrase brève, quelques lignes serrées, quelques mots choisis, tout pesé à l'instrument le plus sensible, fournissant à celui qui l'entend ou la lit, l'idée claire, précise, correcte, « définitive » de l'objet à définir... la définition qui, abordant le problème de face, débute hardiment par ces mots : « le droit c'est... » (1); et plus loin, dans la conclusion : « Il est temps d'accentuer suivant nous, une certaine rigueur de logique jointe à une ferme discipline de précision, de rappeler aux générations nouvelles qu'en dépit de multiples contingences impossibles à méconnaître et qu'il est indispensable d'observer, le juriste doit s'accoutumer, par-dessus tout,

1. Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, vol. 1. *La définition du droit*. Introduction, p. 4.

à conclure et à définir » (1). Seulement — en civiliste doublé d'un logicien, et après avoir fait la critique des définitions sociologiques courantes — notre maître se prononce pour *la définition formelle* du droit, pour la définition qui vise la *forme extérieure* que revêt, qu'affecte la notion du droit (2): «... *il convient de quitter la définition sociologique pour s'élever, à nouveau, jusqu'à la définition formelle...* » (3) c'est sur la *forme* affectée par la notion de droit dans la pensée (dans la « raison pure » comme disait Kant), c'est sur l'opération de l'esprit qui y est intéressé, qu'il convient de se baser pour définir cette notion » (4).

Et M. Lévy-Ullmann, continuant, s'explique comme il suit : « Comment en serait-il autrement ? Qu'est-ce donc que la définition, sinon un chapitre de la logique ? Et qu'est-ce que la logique ? C'est la « science des formes de la pensée ».

4. — Sur ce point nous ne partageons pas l'avis de notre honoré maître, car, même si la logique est

1. *Idem*. Conclusion, p. 168.

2. *Idem* III^e partie, chap. I, sect. II, p. 130. Parlant des définitions objectives, dans l'acception qu'attachent à cette dénomination les juristes du droit civil ; et de la définition d'Aubry et Rau, il continue : « sans doute nous avons critiqué en son temps la confusion que ces définitions manifestent, en paraissant établir une assimilation complète entre le droit et les formules par où il s'exprime. Mais à la condition de distinguer la notion elle-même et les règles dans lesquelles elle s'inscrit, ainsi que l'avait fait Zachariae, il faut approuver le principe qui sert de fondement à ces définitions ».

3. *Idem*, p. 127. Les italiques sont de l'auteur.

4. *Idem*, p. 129.

une science des formes rationnelles, il ne s'ensuit pas que toutes les définitions — pour être logiques — doivent être formelles. En effet, la logique nous apprend la forme que doit revêtir une définition : elle ne nous dicte pas le point de vue duquel on doit définir une notion (1). Et d'ailleurs, si toute définition est formelle par elle-même, en tant qu'instrument logique de la pensée, elle ne peut réduire à ce caractère formel, l'ensemble complexe de la réalité à laquelle elle s'applique, et qu'elle a pour but d'exprimer. Mais, même au point de vue de la logique, considérée comme science, une définition formelle — au sens que M. Lévy-Ullmann lui donne — ne s'impose pas.

En effet, M. Goblot, dans son *Traité de logique*, déclare que « la logique formelle est absolument stérile (2) ». Et M. Boutroux, dans la lettre qu'il écrit à M. Goblot et qui constitue la préface du *Traité*, apprécie et caractérise de la manière suivante, le problème logique (3) : « Comment conce-

1. Comp. le passage suivant de Goblot : « Il n'y a pas de raison pour que l'exposition d'un concept ne puisse se faire que d'une seule manière. Entre toutes les définitions nominales possibles les sciences pures recherchent et choisissent pour des raisons de finalité, celles qui sont *les plus fécondes en conséquences théoriques et conduisant aux applications pratiques les plus commodes*. La différence entre une théorie pénible, laborieuse, difficile et une théorie simple, claire, élégante, vient d'ordinaire du choix plus ou moins heureux de la définition initiale » (Goblot, *Traité de logique*, n° 88, p. 136).

2. Edmond Goblot, *op. cit.*, *Avertissement de l'auteur*, p. 23.

3. *Idem*, p. 19 : « Le problème logique n'est pas de déterminer comment s'opère dans un esprit le passage du principe à la conséquence, mais de déterminer en quoi consiste le rapport du

voir une logique réelle, c'est-à-dire une méthode de comprendre, non des abstractions façonnées au gré du logicien, mais la nature, telle qu'elle est ? A cette question fondamentale vous donnez une réponse d'une fermeté et d'une clarté remarquable. Non ; la logique purement formelle de l'Ecole, la logique de l'implication et de l'identité, ne saurait suffire. Réduite à ses seules ressources, cette logique n'est que verbalisme. Ce qu'il faut constituer, c'est une logique de la détermination, montrant, non comment ceci est cela, ce qui, appliqué à l'être, est faux, mais comment ceci « résulte » de cela, comment l'existence de A « entraîne » celle de B... Si la logique doit exposer les lois, non d'une intelligibilité abstraite, mais de la connaissance de l'être, elle doit non seulement adapter l'être à ses fins, mais s'adapter elle-même à la nature de l'être (1) ».

A fortiori, la définition devra s'adapter à la nature du défini, tout en empruntant la forme imposée par cette logique adaptée. Car, si la logique est formelle en ce qui concerne et constitue l'instrument technique de la pensée, elle ne peut — logiquement parlant — réduire toute la réalité à des éléments de pure forme.

C'est vrai que par ailleurs, M. Lévy-Ullmann ne se montre point l'ennemi résolu d'une définition expressive du droit, car, analysant le rôle logique de

principe à la conséquence ». C'est ainsi que M. Goblot pose le problème.

1. *Idem*, Préface, p. XIII et XV.

la définition juridique (1), il lui trouve, à côté d'une mission de précision qui s'exercera par « des données formelles, des caractéristiques extérieures, dégagées du droit positif », une mission d'évocation qui sera remplie par « des termes, des *expressions*, des tournures de phrases, des modalités de langage, aptes à faire surgir aux regards de l'esprit en éveil, l'image de la notion à définir » ; image que notre maître considéra comme fidèlement évoquée et rendue par le terme exprimant la notion de la *liberté*, et qu'il sût insérer dans la formule, d'une manière adroite et ingénieuse (2).

Bien plus M. Lévy-Ullmann ajoute que « comprenant ainsi le rôle logique de la définition juridique, on concevra que grâce à cette double mission, l'on puisse parvenir à *corriger ce que la définition formelle présente, par elle-même, de trop absolu et exclusif* ».

Mais — et ici nous allons saisir sur le vif le besoin impérieux de la définition expressive — comme d'une part la dénomination de *formelle*, donnée à sa définition, subsistait et que, d'autre part, sa définition même faisait abstraction de ce que, avec M. Gény, on croyait être le contenu et le fondement du droit — à savoir l'idée de *justice* — une réaction se fit entendre sous la protestation par laquelle M. Perreau, dans un article intitulé :

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, III^e partie, chap. I, sect. III, p. 132, et suiv. et 139. Comp. *infra*, n^o 31, p. 68 et n^o 50, p. 117.

2. *Idem*, p. 152-162.

Comment définir le droit (1), vint amender cette définition formelle du droit, pour la replacer dans la tradition latine des définitions analytiques, des définitions précisant *le contenu* du « Droit » (2).

M. Lévy-Ullmann définissait le droit comme : « *la délimitation de ce que les hommes et leurs groupements ont la liberté de faire et de ne pas faire, sans encourir une condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force* » (3) ; M. Perreau précisa : « *la délimitation, en vue de l'utilité générale, de la liberté des hommes ou de leurs groupements, par la justice pratiquement exprimée dans la coutume ou la loi, et garantie par voie de contrainte extérieure* » (4).

Par ce court exposé nous pouvons nous rendre suffisamment compte de la vérité de notre affirmation concernant la nécessité de la définition expressive du droit.

D'ailleurs, cette nécessité s'était fait sentir, pen-

1. Perreau H. dans la *Revue générale de droit*, année 1918, n° 2, p. 69-78.

2. M. Perreau s'exprime ainsi : « Très conforme aux penchants pour l'analyse de l'esprit latin, la définition du droit par son contenu, a de tout temps eu la préférence des races latines (p. 73)... Et les derniers travaux publiés en France sur la conception du Droit s'attacheront fermement à la fonder sur la conscience et la justice, prises dans leur acceptation, non seulement la plus haute, mais encore la plus scrupuleusement délicate (p. 75)... Toute définition du droit n'évoquant pas l'idée de justice, s'écarterait donc de la tradition latine (p. 76). »

3. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 165.

4. H. Perreau, *loc. cit.*, p. 77.

dant la guerre, avec toute l'intensité d'un besoin organique, vital ; car elle devait, — dans le monde des idées —, faire face à l'assaut ennemi et vaincre l'attaque d'une conception envahissante (1) : la conception du droit basé sur la force physique, du droit s'identifiant avec la force, de la force créant et primant le droit (2).

Et c'est dans cet ordre d'idées même que M. Cuq rappelait aux juristes des pays alliés « le devoir de se grouper et de réagir contre l'emprise Allemande sur les études juridiques » et qu'il entrevoyait et laissait entrevoir la grande tâche que les Facultés de Droit de France, auront à remplir dans une Europe enfin pacifiée : « celle d'entretenir le culte du droit tel que le conçoivent les nations latines, et d'en propager la connaissance » (3).

On voit donc qu'il s'agissait d'une définition surtout *expressive*, car elle devait répondre, non à des préoccupations professionnelles ou pédagogiques, mais à caractériser une civilisation et à soutenir son idéal (4).

1. Voir l'analyse de cette conception faite — parallèlement avec celle de la conception française et latine — par E. Cuq, dans sa préface de son *Manuel des Institutions juridiques des Romains*.

2. Voir les différentes expressions allemandes dans Flach : *Le droit de la force et la force du droit* ; dans Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, éd. 4, p. 70, et dans Lagorgette, *Le fondement du droit*, p. 41.

3. Ed. Cuq, *op. cit.*, *loc. cit.*

4. Pour mieux faire comprendre l'acuité et le sens que la guerre donna à cette nécessité d'une définition expressive du droit, qu'il nous soit permis de reproduire ici — en partie — l'in-

§ 3. — LA CONCEPTION FRANÇAISE
DU DROIT AU XIX^e SIÈCLE.

5. — Ce n'est pas à dire qu'une conception originelle du droit manquait en France. Au contraire — comme on a pu d'ailleurs l'entrevoir déjà ci-dessus — elle existait depuis longtemps ; et, spécialement au XIX^e siècle, la pensée française sur ce terrain avait gardé « une unité et des caractères, qui sont l'un des plus beaux éléments de la tradition de la nation

troduction par laquelle M. Lévy-Ullmann, commença son ouvrage sur la définition du droit :

« Il existe dans le fonds commun des religions et des philosophies, une anecdote édifiante que les jurisconsultes méditeraient avec fruit. Au cœur d'une ville prise d'assaut par les Barbares, un vieil homme se recueille, en prières ou en suprêmes réflexions. Survient l'un des vainqueurs, qui saisit le vieillard par les cheveux et brandit au-dessus de sa tête un glaive teint de sang : « Tu vas m'enseigner ta doctrine pendant tout le temps que je pourrai me tenir sur un pied ; mais lorsque je serai fatigué mon arme terminera ton discours. » C'est bien simple, répartit le sage ; Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudras pas qu'on te fit à toi-même. Et maintenant tu en sais autant que moi. Stupéfait, le guerrier recule, laisse tomber son glaive, puis s'agenouille devant le vieillard, subjugué, illuminé, converti. »

Les Barbares, une fois de plus, déferlent sur les cites paisibles. Le juriste en face de ses livres, s'interroge avec anxiété. Avons-nous su, de notre science chargée de siècles, extraire quelque formule magique où s'exorcise la brutalité ? Au seuil de nos maisons de Nord, confiées à la seule garde de l'Idée, quelle *notion fulgurante du droit* aurait arrêté la ruée des envahisseurs et fixé, respectueux, sur le pas de la porte, ces adorateurs enivrés de la force ? « Devant l'éclat du droit, la certitude mathématique pâlit » disait Proudhon. « Le droit ? Qu'est-ce que le droit ? » ricaneront-ils. Et nous, alors, qu'aurions-nous pu répondre ? ou plutôt, par avance, qu'avions-nous répondu ?... la définition (du droit) enfin, que l'Eternel Barbare auquel s'adresse le juriste écouterait facilement en se tenant sur un seul pied, et

française » (1), et même de la tradition latine (2).

Seulement, cette conception « avait, dans la période précédant la guerre, justement sous l'influence de la science allemande, arboré une allure énigmatique... Il importait à chacun dans sa sphère, de réagir ; loin de laisser la conception française du droit dans l'indéterminé, il fallait la préciser, l'opposer à la conception allemande... » (3). En effet, ce

qui le laisserait, sinon hélas ! ébloui, du moins renseigné et instruit » (*op. cit.*, p. 15).

Comp. Geny, *op. cit.*, II, *Note de l'auteur* : « Aucun esprit averti et attentif ne peut manquer de discerner, à l'origine de la conflagration qui désole l'Europe, une véritable crise morale. Aussi bien — il ne faut pas nous lasser de le redire — l'enjeu sublime de la lutte à outrance, où se trouvent engagées les puissances alliées contre les ambitions germaniques, n'est rien moins que la défense de la justice, mieux encore, le rétablissement et l'affermissement du *droit*.

Mais, comment entendre cette *justice*, ce *droit*, où nous sommes d'accord pour reconnaître des biens qui valent les plus extrêmes sacrifices ? *Peut-être ne suffit-il pas, en vue de les maintenir et de les développer*, du sentiment, un peu vague et presque instinctif, que leur seul nom sait éveiller en nous. *Du moins, faut-il tâcher à nous représenter d'assez près le contenu substantiel d'aspirations aussi profondes*, pour en éluder certaines déviations, qui trop aisément consenties, nous ramèneraient vers ces conceptions, que nous voulons avant tout réprouver. Or combien de nous — hier encore — émus des angoisses que suscite tout effort vers l'idéal, et troublés par les infiltrations d'une science trop lourdement positiviste, tendaient à ne voir la justice qu'à travers les organismes formels, simplement destinés à l'affirmer et à la réaliser ! Delà, à confondre le droit avec la force, il n'y a qu'un pas. Et ce pas risque de nous entraîner dans l'abîme... Contre pareil danger il n'est de sauvegarde que la *vieille notion de conscience*, qui place le noyau intime du droit dans une sphère supérieure, soustraite à l'emprise et à l'arbitraire des hommes, fussent-ils réunis et organisés en société » (p. III-IV).

1. Bonnecase, *op. cit.*, p. 4.

2. Perreau, *loc. cit.*, p. 73-75.

3. Bonnecase, *op. cit.*, *Avant-propos*, p. VII-VIII.

que manquait dans la doctrine française, c'était uniquement une précision, une définition expressive (1) de la conception française du droit, cette lacune étant due à une tendance doctrinale moderne, consistant à se garder « de définir le droit par une formule générale et unique » (2).

On se mit donc au travail et c'est ainsi que plusieurs définitions du droit s'élaborèrent. Nous avons vu, en partie, l'effort fait pour combler la lacune, et les définitions qui en résultèrent. Si nous en ajoutons encore deux : celles de MM. Cuq et Bonnecase, nous croyons avoir présenté celles qui sont les plus représentatives de la pensée française, dans la période de temps caractérisée par la grande guerre.

D'ailleurs, ces deux auteurs restent dans la tradition française de la définition du droit, celle qui, s'en rapporte tant aux caractéristiques extérieures, qu'au contenu de cette notion.

Mais, tandis que M. Bonnecase attire l'attention et insiste sur le fait qu'il entend donner une définition du droit, M. Cuq la donne, non seulement sans le faire observer, mais en dispersant, en dissolvant presque sa définition, dans le texte même du commencement de sa préface, au *Manuel des institutions juridiques*

1. Sur les diverses autres définitions du droit voir M. Lévy-Ullmann, *op. cit.* Elles sont nombreuses ; c'est, qu'en effet, on ne peut dire que la définition du droit manquait en France. Seulement, celles qui existaient — et chaque auteur presque, qui traitait, d'une manière plus ou moins générale, de la matière juridique, en mettait une au commencement de son ouvrage — ne correspondaient pas aux exigences exposées dans notre texte.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 117 et suiv.

des Romains. C'est ainsi que, si on la recueille, si on la consolide, il apparaît que M. Cuq définit le droit « considéré dans sa notion la plus haute » comme étant : « un ensemble de règles fondées sur la raison, qui ont pour but de conserver et de garantir les droits naturels et imprescriptibles de l'homme, et qui s'imposent aux peuples comme aux individus » (1).

Quant à M. Bonnecase, il définit le droit comme : *« l'ensemble des règles de conduite extérieure effectivement imposées ou susceptibles socialement et rationnellement d'être imposées à l'homme, sous la menace d'une contrainte également extérieure, du chef d'une autorité constituée, en vue de la réalisation de l'harmonie sociale, par la conciliation du respect et de la personnalité des individus avec la sauvegarde des intérêts de la collectivité, considérée dans ses divers groupements » (2).*

SECTION II

Nouvelles causes contribuant au désidérata de la définition expressive.

§ 1. L'insuffisance des solutions données. — § 2. Les problèmes d'après la guerre. — § 3. Conclusion.

§ 1. — L'INSUFFISANCE DES SOLUTIONS DONNÉES.

6. — La guerre passa, avec la victoire de ceux qui avaient lutté pour le Droit et contre la Force, sans

1. Ed. Cuq, *op. cit.* p. 1.

2. Bonnecase, *op. cit.*, p. 9.

qu'on put opposer à celle-ci — du point de vue idéologique — une autre notion plus expressive que celle de la *Justice* (voir les définitions de MM. Geny et Perreau), plus claire que celle d'une *délimitation de la liberté sous l'enjeu de la force*, (définition de M. Lévy-Ullmann) ; plus précise que celle d'une *réglementation rationnelle* (définitions de MM. Bonnecase et Cuq). C'était — comme nous allons le voir plus loin — laisser subsister, si non l'obscurité, du moins le doute et l'indécis (1), ou bien se retrancher derrière une formule qui n'était pas moins qu'une interrogation, l'interrogation même de laquelle on était parti, à savoir, celle qui consistait à se demander : Qu'est-ce que le droit ? (2).

Mais une fois la victoire obtenue, on put croire que l'heure des définitions était passée que celles échafaudées étaient satisfaisantes, et qu'on devait s'attaquer à d'autres préoccupations, s'acharner — avec ce qu'on avait pu préciser, à résoudre d'autres difficultés, afin de pourvoir à d'autres besoins, à d'autres nécessités plus pressantes, parce que plus ressenties.

En effet, après la guerre, de nouveaux problèmes surgirent de tous côtés. Mais aussi — et bien que l'on ne s'en aperçut pas toujours — partout l'exigence fondamentale de la définition expressive du droit s'affirma (3).

1. Voir ci-dessous, n° 72.

2. Voir ci-dessous, n° 57 *in fine*.

3. V. note 3 de la p. suivante.

§ 2. — LES PROBLÈMES D'APRÈS LA GUERRE.

7. — Ce fut d'abord, le problème angoissant des remèdes à apporter aux méfaits produits par la guerre même à l'intérieur des Etats (1). Des crises sociales, financières, monétaires (2) — pour ne parler que de celles ayant des répercussions juridiques directes et immédiates — éclatèrent. Crises non prévues ou à peine entrevues par les législations en vigueur et auxquelles il fallait, de toute façon répondre et répondre vite, sous peine de compromettre les bienfaits de la victoire (3). A cette occa-

1. V. note 3, ci-dessous.

2. V. G. Hubrecht, *La dépréciation monétaire et l'exécution des contrats*.

3. Nous reproduirons ici un passage de la conclusion de M. Lévy-Ullmann, synthétisant très bien la situation : « C'est un fait, contrôlé dans l'histoire, qu'à la suite des grandes épreuves ayant bouleversé son existence, une nation éclairée « repense » son droit. Les controverses juridiques nées des graves antagonismes collectifs et individuels, qui allaient de plus en plus en s'accroissant à la veille de la guerre européenne, débordent déjà tous les domaines. Des faits spéciaux à la guerre, un droit spécial a vu le jour. Allocations aux familles de mobilisés, assistance aux réfugiés de toutes catégories, contrôle des œuvres de guerre, évaluation des dommages de guerre et reconstitution des régions envahies, solution de l'énigme des loyers, sous des aspects variés, partout la même question surgit : les collectivités sont appelées au secours des individus éprouvés ; quelles sont les modalités juridiques qui conditionnent les services requis ? Et puis, voici le problème inverse : les collectivités s'adressant aux individus, soit, parce qu'ils ont tiré de la guerre même un bénéfice particulier, soit parce que les circonstances de la guerre soulignent d'une façon exceptionnelle la sécurité procurée aux personnes et aux biens sauvegardés, conviés dès lors à participer, par voie d'impôts aux charges considérables nécessitées par la défense nationale. Les discussions au Parlement et dans

sion, des affirmations étranges se firent entendre, qui, renouant la chaîne des constatations d'avant la guerre, mettaient en doute l'autorité des notions élémentaires et traditionnelles du droit.

On constatait des contradictions entre le code et les faits (1), on palpait sur le vif l'impuissance des lois devant la vie du droit et on doutait, en conséquence, de leur intangibilité (2). On parla de la décadence des lois et du contrat, de la décadence de leur souveraineté (3). C'était avouer indirectement l'insuffisance des anciennes conceptions qu'on se faisait du droit, c'était revenir sur ses pas et reconnaître de nouveau la nécessité d'une définition plus compréhensive de celui-ci. L'affirmation de « l'irréductible droit naturel » (4), en est la preuve et c'est ainsi que M. Le Fur, dans une étude sur le droit naturel, donna cette définition, à tendance visiblement expressive : « *le droit, c'est la règle de vie imposée par la société organisée aux individus et aux groupes secondaires, en vue de la réalisation du bien commun* » (5). »

les livres, la polémique dans les brochures et les journaux, attestent par leur ton passionné, que les divers problèmes qui se posent, atteignent les fondements même du droit » (*op. cit.*, p. 168-169).

1. V. Gaston Morin, *La révolte des faits contre le code*. Paris 1920.

2. V. Riquet, *Enquête sur les droits du droit et « Sa Majesté la Loi »*. Paris, Spes, 1927.

3. V. Morin, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, 1927.

4. V. Geny, *op. cit.*

5. V. Le Fur, *Le droit naturel*, p. 18 (Le droit naturel et le droit rationel ou scientifique). Comp. la « définition » du droit positif

8. — Ce fut, en second lieu, le problème de la défense des « institutions traditionnelles » (1) d'une civilisation romaine (2) et chrétienne (3), contre des prétentions, représentant des aspirations et des conceptions destructives, nouvellement réalisées dans l'ancien empire des tsars : les conceptions soviétiques du droit (4).

donnée par M. Dabin dans son ouvrage récemment paru : « Le droit positif est l'ensemble (plus ou moins cohérent, plus ou moins achevé) des règles de conduite édictées d'avance par l'autorité publique, sous la sanction d'une contrainte extérieure prévue et organisée par l'autorité elle-même (contrainte publique), en vue de réaliser dans les rapports humains un certain ordre : l'ordre le plus favorable au bien commun (*La philosophie de l'ordre juridique positif*. Paris, Sirey, 1929, chap. II : La notion formelle du droit positif, n° 9, p. 34-35).

1. V. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1927, II^e édition. Préface, p. vi.

2. V. *L'héritage romain et le bolchevisme* dans la *Revue des deux mondes*, avril 1927, p. 752-768... « La civilisation européenne est, sans conteste, fille de la civilisation romaine. Rome a conquis le monde et l'a organisé... Ainsi, il est permis de dire que toute la civilisation actuelle s'est développée sous l'égide du droit romain : droit qui s'est complété, droit qui a évolué, certes, mais qui dérive d'un principe unique... le droit individuel... Le bolchevisme dresse, en face du vieux code, un code nouveau, ayant pour base une pierre angulaire qui est le droit collectif. » (p. 754-755).

3. V. Ripert, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. vii : « Depuis des centaines d'années, une règle morale précise a créé la civilisation occidentale ; cette civilisation s'exprime dans son droit ; en défendant les règles fondamentales de ce droit, nous empêchons que périsse cette conception morale du monde. »

4. « Le droit est un système des relations sociales qui répond aux intérêts de la classe *dirigeante* et se trouve sous la sauvegarde de la *force* organisée de cette classe. » C'est la formule officielle du Commissariat du Peuple pour la Justice, citée, par le professeur Mirkine-Guetzevitch dans son article sur *L'Etat soviétique et l'Etat de droit* (*Revue de droit public*, 1927, n° 2, p. 319), d'après Stutchka, *Le rôle révolutionnaire du droit et de l'Etat*, chap. I^{er}. La doctrine générale du droit (Edit. de l'Etat, Moscou, 1921, p. 9).

On avait cru que l'ancienne conception de la force avait sombré à jamais avec la victoire obtenue, et on se rendait compte qu'elle ressuscitait, pleine d'espoir dans un avenir de revanche, sous la forme changée de la dictature révolutionnaire d'une minorité politique, brandissant le masque du droit (1).

Il s'agissait — et il s'agit encore, de faire tomber ce masque, de sauver la notion du droit de l'usurpation et de la violence qu'on lui fait subir et de lui donner tout son éclat, devant lequel, la conception destructive, basée sur cette notion qui lui est étrangère et même contraire dans son vrai fondement, pâlit et s'écroule, sinon dans ses desseins, du moins dans ses forces démagogiques et suggestives (2).

Dans ce but, on fit de nouveau appel à la définition du droit fondée sur l'idée de justice. Et c'est dans cet ordre d'idées, que M. Renard affirme que :

1. V. note précédente.

2. V. Georges Renard, *La valeur de la loi*, 1938. Troisième leçon : *La notion soviétique du droit... et la nôtre*, p. 56-57. L'auteur s'exprime ainsi : « Lorsqu'on parle, comme nous allons le faire, de *droit soviétique*, il faut bien savoir que le mot *droit* est pris dans un sens absolument nouveau, et en somme purement analogique, et même d'une analogie assez distante... Tout système juridique repose sur une *Idee fondamentale* ; et jusqu'ici l'*Idee fondamentale* de tous les systèmes juridiques avait été l'*Idee de Justice*... L'*Idee fondamentale* qui est substituée à l'*Idee de Justice*, à la base du droit soviétique, c'est le *But révolutionnaire*... Entre le droit soviétique et le nôtre, il n'y a rien, de commun, de ce que nous tenons pour la subsistance du droit : c'est un succédané du droit, de « quasi-droit », ce n'est pas du droit. »

« *le droit est l'armature de la Justice* » (1); que « *le droit est un corps multiple qu'anime un souffle unique, l'Idée du Juste* » (2).

9. — Ce fut, en troisième lieu, le problème de la « Société des Nations », entraînant avec lui celui de la soumission des Etats au droit international — problème mettant en jeu les notions de la souveraineté et de l'interdépendance des Etats. Comme il fallait choisir entre ces deux notions, on fut de nouveau contraint de s'adresser à la notion du droit et à sa définition (3). C'est ainsi que M. Stoop, analysant cette notion, concluait avec une définition, déclarant que : « *Le droit est l'ensemble des règles impératives et permissives dont la violation provoquera de tels sentiments de dissatisfaction d'une nature spéciale dans le groupe social où elles sont en vigueur, que leur prompt apaisement sera désirable dans l'intérêt du maintien du caractère pacifique des relations sociales dans ce groupe* » (4).

10. — Ce fut enfin... et c'est encore, et pour tout résumer d'un seul mot (5), le problème de la paix,

1. V. G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*. Paris, 1924. Première conférence : « La philosophie du droit », p. 7.

2. V. G. Renard, *La valeur de la loi*. Première leçon, p. 9.

3. V. Adrien Stoop, *Analyse de la notion du droit*. Haarlem, 1928, préface, p. 7.

4. *Idem*, chap. IV, Conclusions, A : *La définition du droit*, p. 229.

5. On pourrait faire état encore d'autres problèmes juridiques — car ils sont nombreux — qui tourmentent, à l'heure actuelle,

de son établissement et de son organisation. Et, si des hommes politiques s'efforcent d'y subvenir, on fait appel toujours à la notion du droit car on se rend compte que c'est d'elle, de sa conception, qu'une garantie suprême peut résulter. Les juristes, à leur tour, comprirent l'importance du problème et ainsi la définition du droit s'en ressentit aussi. Nous avons pu le constater déjà dans la définition de M. Stoop. D'autre part, M. Gaston May, dans son livre, intitulé : *Introduction à la science du droit*, qui a son origine dans une « série de douze leçons professées, en 1919, à la Faculté de Droit de Paris, devant un auditoire de soldats américains de retour du front et désireux, avant de rentrer aux Etats-Unis, de s'initier à... « la mentalité juridique française (1) », en parlant de la notion du droit, esquisse cette définition, qui, quoique disséminée dans le

le monde et les cerveaux des juristes. Si nous ne le faisons pas, c'est que la plupart se rapprochent de ceux que nous avons exposé dans le texte ; d'autres s'en éloignent de manière à ne plus présenter l'intérêt de principe que nous y cherchons. Et puis, en s'allongeant trop et par suite en s'alourdissant, notre énumération perdrait de sa valeur démonstrative. Nous nous contenterons donc de rappeler seulement ici ceux qui ont une certaine relation avec nos développements. C'est ainsi qu'on pourrait noter : 1° Le problème de l'organisation des nouveaux Etats issus de la guerre, ainsi que celui d'une nouvelle orientation à donner à ceux qui en sortirent agrandis (le problème des colonies et des minorités) ; 2° le problème des aspirations et des conceptions du droit, les unes nouvelles dans leurs manifestations (le mouvement nationaliste), les autres anciennes, mais mal ou peu connues : celles des pays de l'extrême orient notamment de la Chine ; 3° le problème politique de la démocratie, etc., etc.

1. V. Gaston May, *Introduction à la science du droit*, Paris 1925. « Avertissement », p. III.

texte, n'en constitue pas moins une, que nous prendrons la permission de recueillir. Le droit, d'après M. May, est constitué par « *les règles de conduite, les préceptes que chaque homme doit observer dans ses rapports avec ses semblables, que tous les hommes doivent observer dans leurs rapports entre eux et qui expriment les limitations imposées à la libre activité de chacun dans l'intérêt de la paix générale... le droit se présente à nous comme le moyen le plus efficace de maintenir au sein d'un groupement d'homme, l'ordre et la paix* (1).

§ 3. — CONCLUSIONS.

11. — On voit donc, qu'en face de ces nombreux et nouveaux problèmes — dont quelques-uns mettent en discussion le fondement même de nos traditions — pour trouver leur véritable et juridique solution, et pour construire les théories nouvelles sur des assises sérieuses, solides, inébranlables, on fit de nouveau appel au concept et à la définition du droit.

Règle de vie... (v. la déf. de M. Le Fur.)... *qu'anime un souffle unique...* (v. la déf. de M. Renard)... dont la violation provoque dans le groupe social *des sentiments de dissatisfaction d'une nature spéciale...* (déf. de M. Stoop)... et qui s'impose *dans l'intérêt de la paix générale...* (déf. de M. May)... voilà réunis, les éléments qui constituent l'apport

1. G. May, *op. cit.* Chap. I^{er}, *Notion du droit*, p. 5-6.

A. Volansky

nouveau et qui se font jour dans la définition du droit, que différents auteurs cherchent à ranimer et à mettre en harmonie avec le rythme de la vie d'après guerre. *Vie... souffle unique... sentiment spécial...* on sent partout percer le désir de pénétrer dans le fond intime et substantiel du droit (1), le vouloir d'être expressif, c'est-à-dire de mettre en évidence ce fond, cette substance.

Une fois de plus les anciennes définitions semblèrent ne plus correspondre aux nouvelles exigences ; on se rendait mieux compte, que le dernier mot n'avait pas été dit et que tout était à refaire, ou tout au moins à réviser. D'ailleurs M. Lévy-Ullmann l'avait prédit dans les derniers mots de son ouvrage : « Tout est à recommencer dans le domaine des sciences morales... Il nous faut reprendre l'A. B. C. (2). »

12.— De nouveau le besoin d'une définition expressive du droit s'était affirmé. Et, cette fois, ce besoin s'était fait sentir, tant en France, qu'à l'étranger, avec la même force, impérieuse et pressante de réalisation (3).

1. V. dans cet ordre d'idée F. Geny : « Mais, comment entendre cette *justice*, ce *droit*, où nous sommes d'accord pour reconnaître des biens, qui valent les plus extrêmes sacrifices ? Peut-être ne suffit-il pas, en vue de les maintenir et de les développer, du sentiment, un peu vague et presque instinctif, que leur seul nom sait éveiller en nous. Du moins faut-il *tâcher de nous représenter d'assez près le contenu substantiel* d'aspirations aussi profondes. » (Tome II, *Note de l'auteur*, p. III-IV).

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 172.

3. Pour la France, voir la thèse de M. R. Capitant, *L'illicite* ;

Seulement, en face des résultats obtenus, on sent, que, cette fois encore, les efforts faits pour y subvenir dépassent, le plus souvent, les moyens d'expression, d'extériorisation : ceux-ci restent en delà, retiennent et trahissent les premiers. L'expressivité s'ébauche dans l'allure, dans l'imprécision, dans l'intention des termes choisis : elle ne les pénètre pas plus, qu'elle ne ressort d'eux, car, ne correspondant pas encore au contour qu'ils doivent dessiner, ils ne la mettent pas en relief de par leur propre et unique vertu. Or le propre d'une définition, c'est de *finir*, de *limiter* et de mettre en relief le défini par des mots choisis et correspondant exactement à leur tâche. Néanmoins, tous ces essais marquent des étapes dans les tâtonnements que les exigences ci-dessus analysées ont fait et font entreprendre : elles sont caractéristiques d'un besoin et d'un mouvement y correspondant.

C'est de ce besoin et de ce mouvement qu'est sortie aussi l'étude que nous présentons, convaincu que nous sommes que la science se ramène à une langue bien faite et qu'« il est des définitions qui valent des solutions » (1).

pour l'étranger, la thèse de M. A. Stoop, ainsi que leurs compte-rendus faits par M. Julien Bonnet dans la *Revue générale du droit*, année 1928, n° 1, p. 66 et n° 2, p. 147. Voir aussi les ouvrages allemands, anglais et italiens, cités par M. Georges Cornil, dans son ouvrage sur *Le droit privé*, p. 2, note 1. Adde, pour l'Italie, *L'Archivio giuridico* et les ouvrages récents de M. Alessandro Lévy.

1. L. Jossierand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, première partie, n° 5, p. 5. Cette affirmation est d'autant

Nous allons préciser, maintenant, ses buts, ses données, et son utilité.

plus vraie dans le domaine de la définition juridique et, *a fortiori*, de la définition du droit ; car, comme l'a fait très judicieusement remarquer Wundt : « Die Rechtsdefinition ist nun nicht bloss die Grundlage, auf welche die andern systematischen Rechtsformen zurückführen, sondern sie ist auch theoretisch wie practisch die wichtigste unter diesen Formen (*Logik*, 2^e édit., B. II, vol. III, p. 583).

PREMIÈRE PARTIE

ANALYSE TECHNIQUE DE LA DÉFINITION EXPRESSIVE DU DROIT

« Il faut regarder comme un Dieu celui qui sait bien définir et bien diviser. La définition rigoureuse est en effet, une œuvre qui semble, dans bien des cas, dépasser la portée de l'esprit humain. »

PLATON.

13.— Nous avons, dès le début de notre étude, posé le desiderata d'une définition expressive du droit. Il faut donc nous expliquer d'abord là-dessus et analyser le caractère et la nature qu'une telle définition présente, le sens que nous entendons lui donner et les éléments caractéristiques qu'elle doit comprendre.

Nous allons, du même coup, déterminer le point de vue auquel nous nous plaçons, fixer les méthodes de nos explorations, le but et la portée de nos recherches.

En employant cette marche rigoureuse nous éviterons, peut-être, les écueils de tout travail qui s'at-

tache à formuler une définition (1). Et si, malgré ces précautions, nous n'arrivions pas à résoudre toutes les difficultés, nous aurons, au moins, la consolation et l'excuse de toute œuvre humaine.

1. Il est d'usage et presque de rigueur, en entreprenant la construction d'une définition juridique ou pour se passer de répondre à l'exigence qui la rend nécessaire, de rappeler et de discourir sur le péril qui entoure et menace toute tentative, toute action qui se hasarderaient, qui oseraient définir. Nous croyons, au contraire, que ce prétendu péril n'en est pas un, ou du moins qu'il n'en est pas distinct du péril que présente chaque entreprise intellectuelle et contre lequel il n'y a qu'un seul remède : celui d'une recherche approfondie et d'un travail nourri et soutenu. En ce sens nous citerons les remarques faites par R. Stammler : « Seit alter zeit haftet aber der definierenden Tätigkeit der Ruf der Schwierigkeit und der Gewagtheit an. Ommis definitio in jure civili periculosa est : parum est enim ; ut non subverti posset (D. 50. 17. 202). Das ist unbedenklich Zuzugeben. Eine weitere Folge ist aber auch nicht daraus zu ziehen, als dass man — was auch vorhai schon feststand — bei jeder Arbeit reell verfare und gründlich und Zuverlässig Seine Untersuchungen führe ». *Théorie des Rechtswissenschaft*. Halle 1911. Vierter Abschnitt 14 (*Rechtssatz und Definition*) p. 318-323).

CHAPITRE I

LE CARACTÈRE, LA NATURE ET LE SENS DE LA DÉFINITION EXPRESSIVE

« La vérité : un proverbe vulgaire dit qu'elle est au fond du saladier ; elle est au fond de toutes les cornues. »

GEORGES RENARD

*Le droit, la justice et la volonté
(La philosophie du droit).*

SECTION PREMIÈRE

Les données du Problème.

§ 1. Aspect négatif des nouvelles exigences : les critiques suscitées.— § 2. Aspect positif de la question : la définition unique et scientifique du droit.

§ 1. — ASPECT NÉGATIF DES NOUVELLES EXIGENCES : LES CRITIQUES SUSCITÉES.

14. — La définition du droit a, de tous les temps, préoccupé l'esprit des jurisconsultes et des écrivains s'intéressant au monde des idées juridiques : elle avait même tenté les législateurs. (1) Par con-

1. Voir les *Institutes* de Justinien et le *Projet du Code civil Français*. Le problème de l'opportunité et de la valeur scientifique du procédé qui consiste dans l'intégration de la définition du droit dans une codification, constitue un problème de technique législative.

séquent, les définitions données furent et sont très différentes dans leur forme et dans leur contenu, répondant à des points de vue variés et variables.

Dès le début de la guerre elles furent trouvées insuffisantes, soit au point de vue de leur forme, soit au point de vue de leur fond.

Quand à la forme, on critiqua l'habitude des définitions multiples ; quant au fond, on fit valoir leur manquement aux règles logiques de la définition (1).

Le premier grief — celui de la forme — répondait directement aux nécessités du moment que nous avons exposées plus haut ; le second — celui du fond — prenant une allure scientifique, ne se rattachait pas moins, bien qu'indirectement, aux mêmes besoins de caractériser une civilisation et son idéal.

C'est que les deux critiques — celle relative à la forme, comme celle relative au fond — représentaient l'aspect négatif d'une seule et même exigence : l'exigence d'une définition expressive.

§ 2. — ASPECT POSITIF DE LA QUESTION :
LA DÉFINITION UNIQUE ET SCIENTIFIQUE DU DROIT.

15. — L'aspect positif du problème se traduisait par la double préoccupation de donner une définition *unique* et *scientifique* du droit, de manière à répondre, avec toutes les chances du succès, à la défini-

1. V. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*

tion proclamant que « le droit est une politique de la force » (1).

En effet, cette dernière définition avait l'avantage formel de la clarté et de la précision, c'est-à-dire l'avantage de l'expressivité extérieure : elle concentrait dans une formule unique la prétendue essence et caractéristique du droit.

Peut-être eût-il été facile de montrer son inexactitude quant au fond (2), mais, ce qui intéressait, c'était de la faire sombrer non seulement par une critique négative, mais aussi et surtout par le rapprochement d'une affirmation travaillée, ayant, en plus de ces avantages extérieurs, l'éclat de la vérité interne, qui lui faisait défaut. Car, ce qui intéressait par-dessus tout, c'était de réactionner vite et de combattre tout un mouvement, et, pour cela, il fallait plutôt frapper les imaginations par le contraste de la vérité que de prouver, par le raisonnement, la profondeur de l'erreur.

D'ailleurs, les scintillations de la définition du droit basée sur la force, avaient quelque chose de

1. V. Ihering, cité dans Duguit, *Manuel de Droit constitutionnel*, 4^e édit., p. 70. Adde Flach, *op. cit.* et Lévy-Ullmann.

2. Plusieurs auteurs ont tenté avec succès cette œuvre critique. V. notamment Duguit, *op. cit.* et Anthony : *La force et le droit*. Paris, 1927. Ce dernier est cité par M. G. May (*op. cit.*, p. 174) avec la note suivante : « L'ouvrage d'Anthony a été écrit pour démontrer que la fameuse théorie, qui prétend faire de la force le fondement du droit et identifier la force et le droit, est anti-scientifique et n'est que le résultat d'un « assemblage d'erreurs de faits et de fautes de raisonnements. » Pour l'antiquité voir *La République de Platon*, livre I, le dialogue avec Thrasymaque — qui définissait la justice : « ce qui est avantageux au plus fort », et sa réfutation.

faux, d'artificiel ou de maladif, qui la faisaient chanceler dans les consciences humaines. Son expressivité était toute d'apparence, conventionnelle et intéressée. Elle tendait plutôt à justifier des moyens qu'à consacrer des vérités. Or, ce qui constitue le propre de l'expressivité, c'est justement le caractère de vérité foncière qu'elle inspire.

En effet, le mot *exprimer*, duquel dérivent *expressif* et *expressivité*, vient du latin *exprimere* (ex. : hors, et primere : presser, c'est-à-dire : presser hors) qui signifie « l'action mécanique par laquelle on comprime certains objets pour en tirer les sucs, qu'ils contiennent » (1). Le suc des objets, l'essence et la substance des choses (du point de vue idéologique) ne sont au fond, que leur *vérité constitutionnelle*.

C'est cette *vérité profonde* et *essentielle* (2) qu'une définition du droit devrait rechercher, identifier et mettre en pleine lumière, qu'elle devrait proclamer énergiquement de manière à faire naître dans l'esprit de ceux qui l'entendent ou la lisent, d'une façon nette et définitive, la conviction et la certitude, que seule l'évidence peut donner.

1. V. *Nouveau Larousse illustré* et Larousse, *Dictionnaire universel du XIX^e siècle*, aux mots : *exprimer* et *expressif*.

2. V. à ce sujet les lignes brèves et catégoriques de M. Geny : « ... chercher à pénétrer l'essence propre de la vérité juridique, vérité insaisissable d'un coup et en son entier, fuyante et variable à raison des modalités infinies qui la conditionnent, mais à laquelle nous ramène inéluctablement une aspiration instinctive vers le but suprême du droit. Au fond, quoi qu'on veuille dire, et en dépit des fictions dont on le voile, ce dernier et suprême idéal restera l'aboutissement nécessaire de l'investigation juridique (op. cit., livre I, chap. I, n^o 8, p. 27).

C'est à cette définition, ayant l' « aptitude spéciale à traduire vivement la *pensée* résidant dans l'objet lui-même » (1), à rendre l' « *idée première* et précise de l'objet » (2), que nous avons donné le nom de *définition expressive* (3).

C'est de cette définition expressive que nous allons chercher la nature et le caractère.

SECTION II

Nature de la définition expressive.

§ 1. Objections et illusions à dissiper. — § 2. Définition essentielle et définition descriptive ; définition intrinsèque et définition extrinsèque. — § 3. Rôle de la qualification d'*expressive* donnée à la définition du droit.

§ 1. — OBJECTION ET ILLUSIONS A DISSIPER.

16. — Il faut tout d'abord faire place à une remarque qui se pose immédiatement à l'esprit du lecteur, et par laquelle nous entrons directement dans le fond de nos recherches, à savoir :

1. V. note 1 de la page précédente.

2. V. Paul Janet, *Traité élémentaire de philosophie*, p. 402.

3. En ce qui concerne l'aspect, sous lequel nous envisageons le problème, nous citerons de même M. Gény, dans les passages suivants : « ... un changement profond s'est produit dans la manière générale d'envisager les choses du droit... une nouvelle méthode de leur élaboration s'est véritablement affirmée et déjà quelque peu développée à l'aube du *xx^e* siècle... on peut traduire cette évolution en deux mots : « de *formelle* et *passive* qu'elle a été ou tendait à être, la méthode juridique s'est faite *critique* et *active*, de telle sorte que ce qui n'était primitivement guère plus qu'une interprétation des sources tend à se muer en interprétation du droit lui-même. »

Est-ce qu'une définition n'est pas expressive par elle-même ? Est-ce que le rapprochement de ces deux termes ne constitue pas une pure tautologie ?

A ces deux questions il faut répondre négativement.

En effet, au point de vue de leur contenu, les deux notions ne sont ni identiques, ni même équivalentes, ne pouvant se remplacer réciproquement dans leur usage.

Quand au point de vue de la nature même de la définition, il faut logiquement distinguer les définitions *essentielles* des définitions *descriptives*, et les définitions *intrinsèques* des définitions *extrinsèques*.

§ 2. — DÉFINITIONS ESSENTIELLES ET DÉFINITIONS DESCRIPTIVES; DÉFINITIONS INTRINSÈQUES ET DÉFINITIONS EXTRINSÈQUES.

17. — La première distinction avait été faite dès 1889 par Lefebvre dans son *Traité élémentaire de logique* (1). En effet, cet auteur affirme, après avoir distingué les définitions nominales de celles réelles, que : « La meilleure définition réelle, c'est la *définition essentielle* : elle nous fait connaître un objet par les éléments qui constituent son essence ou sa nature... Mais la plupart des essences nous échappent et il faut le plus souvent que nous nous contentions

1. Lefebvre, *op. cit.*, n° 57. p. 119. Comp. Lalande ; *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Alcan 1926, avec la différence que les définitions *descriptives* s'appellent *définitions accidentelles*.

d'une définition *descriptive*. La définition descriptive explique l'objet non pas par sa nature, mais bien par sa cause, soit finale, soit efficiente (définition *causale*), ou bien par ses propriétés (définition *descriptive proprement dite*); ou bien en exposant sa genèse, c'est-à-dire la manière dont il est produit (définition *génétique*). La définition descriptive est *moins parfaite* que la définition essentielle, puisqu'elle ne nous fait pas connaître la nature même de l'objet. Les unes et les autres *sont pourtant des définitions* réelles et supposent une connaissance distincte et complète de l'objet à définir » (1).

La seconde distinction, sinon identique dans les termes, du moins presque pareille, dans sa signification, à la première distinction est faite par M. Goblot dans son *Traité de logique*, dans les termes suivants : « Une distinction, beaucoup plus importante (que celle faite entre la définition et la description) est celle de la définition *intrinsèque* et de la définition *extrinsèque* (2). Ces deux définitions se distinguent plus exactement par leurs fonctions logiques : la première, a pour but de *reconnaître*, la seconde de *connaître*; la première n'est qu'une désignation, la seconde est une vraie définition (3).

18. — On se rend compte, après ces distinctions, comme le fait très bien remarquer M. Goblot, qu'« on

1. V. la note de la page précédente.

2. Goblot, *op. cit.* pag. 120 (chap. IV, par. 1, *La définition caractéristique*).

3. *Idem*, p. 121.

ne peut assurément pas définir, même au sens de caractériser, un objet par des qualités qui lui soient tout à fait étrangères, mais on peut le définir *par des relations externes qui ne font rien connaître de sa nature* » (1). C'est dire qu'une définition ne doit pas, de par sa définition même (2), comprendre ou faire ressortir l'essence intime des choses, leur nature, leur principe, leur vérité profonde. Et c'est précisément le cas des définitions descriptives ou extrinsèques.

En un mot, et pour tout résumer, une définition peut ne pas être expressive. Et l'on peut aussi et ainsi définir le droit, sans dévoiler *le secret intime de la vie juridique, les ressorts les plus cachés* de son

1. *Idem.*, p. 120-121. Pour illustrer ses dires et faire mieux ressortir la différence entre les deux définitions, M. Goblot nous donne l'exemple suivant : « *La discussion qui est contenu dans le chapitre 3 du livre 1 de la physique d'Aristote*, voilà une définition caractéristique très précise, mais tout à fait extrinsèque, puisqu'elle ne nous apprend même pas qu'elle est la question discutée dans ce chapitre. *Le paralogisme signalé par Aristote dans l'argument par lequel Parménide prétend démontrer la non-existence du non-être*; voilà une définition intrinsèque du même sujet ».

2. M. Goblot définit ainsi la définition : « un jugement qui a pour sujet et pour attribut deux concepts équivalents, c'est-à-dire ayant les mêmes jugements virtuels » (*op. cit.*, n° 73, p. 116). Comp. cependant la définition donnée par M. Janet : « j'appelle définition une proposition réciproque dans laquelle l'attribut exprime l'essence du sujet. » (P. Janet. *Traité élémentaire de philosophie*, p. 401), et aussi celle de M. Stoop : « Définir une notion ne peut signifier autre chose que déterminer son essence, c'est-à-dire, l'ensemble des marques caractéristiques qui lui sont essentielles. » (*op. cit.*, p. 9). Voir aussi la définition de M. Duhamel, *Méthode et raisonnement*. (cité par Janet) : La définition est l'expression des rapports d'une chose avec d'autres choses connues. »

organisme, sans déchiffrer le mot essentiel de l'énigme et sans nous diriger vers le centre du grand mystère du droit (1). C'est ce qu'on a fait, du reste, quelquefois, en se rapportant à la définition comprise comme une énonciation (2), une énumération (3) des attributs qui distinguent une chose.

§ 3. — RÔLE DE LA QUALIFICATION D'EXPRESSIVE
DONNÉE A LA DÉFINITION DU DROIT.

19. — C'est pour bien marquer la position sur laquelle nous entendons nous tenir, c'est pour bien marquer la nature de la définition que nous cherchons, que nous l'avons qualifiée d'*expressive*.

Au fond, par ces mots accouplés de *définition expressive*, nous nous rapprochons et touchons de très près — par les côtés de profondeur — au sens de la définition essentielle, de la définition intrinsèque que nous avons — dans ces mêmes endroits — voulu sous-entendre, et nous sentons maintenant pourquoi. En effet, le but de la définition du droit, tel que nous l'avons indiqué jusqu'ici, ne consiste pas seulement à faire distinguer, à faire reconnaître (4) cette notion : elle a justement et sur-

1. Geny; *op. cit.*, t. I. p. 4-II.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 4, citant la définition de Littré « Dictionnaire de la langue française. »

3. Nouveau Larousse illustré, au mot *Définition*. Voir aussi Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 13, critiquant la définition des Instituts.

4. Tant mieux si notre définition répond en même temps à ce but.

tout pour mission de *la faire connaître, de l'exprimer*, plus explicitement: *de nous dire ce que c'est que le droit*. Et c'est justement le rôle d'une définition essentielle, de nous le faire connaître par des éléments qui constituent son essence, sa nature.

Mais d'autre part, par les côtés de mouvement, la définition essentielle s'éloigne du but de nos recherches : elle sert seulement à connaître, et non pas à faire valoir, à réaliser le défini. Elle est, par son essence, statique, et nous cherchons une définition qui soit *dynamique*, nous allons en voir la raison, dans les lignes qui suivront.

Si donc nous avons préféré la qualification *d'expressive* à celles d'*essentielle* et d'*intrinsèque*, c'est que non seulement elle est en vérité plus expressive, plus claire et moins aride que les deux autres, mais c'est parce qu'elle répond aussi à une autre exigence, propre cette fois-ci à la *définition juridique*, à la définition qui se rapporte à la matière spéciale du droit.

Par là, notre paranthèse déjà fermée, nous entrons dans le fond de notre recherche sur le *caractère juridique* que doit présenter la définition du droit.

SECTION III

Le caractère juridique de la définition du droit et le sens de son expressivité.

§ 1. — Définitions explicatives et définitions constructives.

§ 2. — Sens de la qualification d'*expressive* donnée à la définition du droit.

§ 1. — DÉFINITIONS EXPLICATIVES ET DÉFINITIONS CONSTRUCTIVES.

20. — Ici nous aurons à nous rapporter à une autre distinction faite entre les définitions *explicatives* et les définitions *constructives*, distinction juxtaposée sinon correspondante à celle observée entre les jugements de *réalité* et les jugements de *valeur*, la fonction *représentative* et la fonction *pratique* de la pensée (1). Car si, en général, les définitions courantes se bornent à *expliquer* le sens d'un mot, ou la nature d'une chose (2), se bornent à les représenter, les définitions juridiques présentent un caractère de plus, caractère emprunté à la nature de la matière à laquelle elles s'appliquent.

1. V. Goblot, *op. cit.*, p. 5 et 368 et suiv. Adde : J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1^{re} partie, chapitre VI, p. 107 et 109.

2. « Définir, c'est déterminer l'expliquant le sens d'un mot ou la nature d'une chose. » (Lefebvre, *op. cit.*, n° 56, p. 118). Sur cette dualité nous allons revenir amplement dans le texte quand nous déterminerons la nature du défini que nous entendons définir. V. *infra*, n° 38.

21. — En effet, la matière juridique a ceci d'inhérent, sinon de particulier, qu'elle est faite de jugements de valeur impliquant un *idéal* pour une conduite à suivre — en vue d'un *but* à réaliser : c'est ce qu'on appelle la *fonction normative* du droit, ou pour rester dans la tradition du langage technique français, sa *fonction régulatrice*.

La définition juridique devra donc — pour représenter fidèlement la réalité à laquelle elle s'applique — emprunter ce caractère *pratique* du droit. Elle devra être, comme dit M. Geny : « l'instrument capital tant pour avancer la connaissance des préceptes, que pour en *assurer l'action* (1)... et, une fois établie, on devra la tenir pour un *principe* de connaissance ou *d'action* à l'image des concepts qu'elle exprime, et au même degré qu'eux (2)... ».

§ 2. — SENS DE LA QUALIFICATION « D'EXPRESSIVE »
DONNÉE A LA DÉFINITION DU DROIT.

22. — A plus forte raison, la définition du droit devra affirmer ce caractère de construction régulatrice inhérente à la matière juridique, devra concourir à l'expression de cette volonté régulatrice, non seulement dans le dessein d'exprimer une réalité préalablement donnée, de la résumer, de la faire

1. Geny, *op. cit.*, t. I, p. 152.

2. *Id.*, p. 154. Comp. Liard, *Des définitions géométriques et empiriques*, chap. VII, *Caractères des définitions empiriques*, p. 170 : « La science est à l'état latent dans la notion ; la définition la fait passer à l'acte ».

comprendre, mais aussi dans le dessein de régir la réalité — ou plutôt l'activité humaine au sein du réel (1). Elle devra être une définition constructive représentant un jugement de valeur, empruntant le caractère de la norme de conduite ; elle devra exprimer *une règle, la règle générale, la règle principe* ; elle devra, pour tout dire, *exprimer le droit* (2).

Et, c'est pour répondre à cette nouvelle exigence que nous avons préféré la qualification *d'expressive* donnée à la définition du droit. C'est que le sens de ce qualificatif correspond à la caractéristique juridique que la définition du droit doit présenter.

SECTION IV

La définition scientifique.

§ 1. Connaissance et action ; lois naturelles et lois humaines.

— § 2. La définition expressive est une définition scientifique. Définitions géométriques et définitions empiriques. — § 3. Considérations philosophiques.

§ 1. — CONNAISSANCE ET ACTIONS ; LOIS NATURELLES ET LOIS HUMAINES.

23. — Mais ici, une seconde et nouvelle question doit être envisagée et solutionnée.

1. J. Ray, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 104.

2. D'ailleurs, comme il faut remarquer avec M. Ray que «... la règle s'incorpore dans les concepts eux-mêmes », il s'agira de trouver les concepts convenant au but cherché. Mais, nous touchons par là à l'étude des éléments de la définition expressive du droit, étude que nous aborderons plus loin.

Est-ce qu'une définition, telle que nous l'avons caractérisée, peut prétendre au titre d'une définition scientifique (1) ?

En effet, on affirme que l'objet de la science est seulement la connaissance, la simple constatation d'un rapport de cause à effet, et non pas le commandement, l'ordonnance des actions. Et, si notre définition tend à être, en même temps que principe de connaissance, *principe d'action*, il paraît, de prime abord, que l'appellation de *scientifique* doit lui être refusée.

24. — Cette remarque s'apparente d'ailleurs à la distinction des lois, en *lois naturelles* et *lois-normes* ou *lois commandements*, et de leurs expressions correspondantes en *indicatives* et *impératives* : distinction se rattachant au problème plus vaste de la qualification à donner aux préoccupations d'ordre juridique ou moral (2). Ont-elles — ces préoccupations — des traits scientifiques caractérisés ? Le droit et la morale constituent-elles des sciences ?

1. Sur une distinction entre « les *définitions scientifiques*, qui sont affaire de doctrine et de raison, et les *définitions de droit positif*, qui sont œuvre de la volonté du législateur », voir Ray, *op. cit.*, 2^e partie, chap. III, sect. I, p. 217 et sqq. et surtout p. 219 (Chap. sur les *Définitions et classifications*).

2. A ce sujet, voir Le Fur, *Le fondement du Droit*, dans la revue *Les Lettres*, année 1925, n^o de déc., p. 488-490 ; voir aussi R. Capitant, *op. cit.*, chap. I, sect. III, *L'impératif peut être objet de science*, pp. 7-9. — Addé : M. Rumpf. *Le droit et l'opinion* (trad. de l'allemand par M. L. Hugueney); IV^e leçon : *Le droit est-il une science ?* p. 140-195.

Où, n'ont-elles rien de commun avec ce qu'on désigne ordinairement sous ce nom ? (1)

On a cherché à répondre quasi-affirmativement à ces questions, soit en distinguant l'acception du mot science *stricto-sensu* de celle *lato sensu*, et en appliquant cette dernière acception aux matières qui nous occupent ici (2); soit en particularisant le terme de la qualification, de manière à lui donner un cachet distinctif, et en les appelant — ces der-

1. « La science a pour objet la recherche des causes... La science prise d'une manière générale est donc la *recherche des causes et des lois* (P. Janet, *op. cit.*, p. 2). « La science est la connaissance exacte et raisonnée de certaines choses déterminées » (Dict. Larousse). « Une science est un ensemble de connaissances exactes, de notions exactes » (Rumpf. *op. cit.* p. 140).

2. M. R. Capitant observe très justement que, « si le droit n'est pas une science, parce qu'il est ordonnance de la société,... il peut être objet de science c'est-à-dire de connaissances et, en ce sens, on peut parler de *la science du droit*. Impératif et indicatif sont les deux états psychiques élémentaires, irréductibles l'un à l'autre, connaissance et volonté. Mais un indicatif ou un impératif peuvent être considérés comme des faits. Or ce fait peut être l'objet de connaissance, donc de science. L'objet de la science, en d'autres termes, n'est pas seulement les faits matériels, mais aussi les faits psychiques... » (*op. cit.*, p. 8). Seulement d'après M. R. Capitant, on ne pourra parler de science, dans la terminologie positiviste de science *stricto sensu*, qu'en se rapportant à la sociologie, qui « comprend aussi l'étude des lois gouvernant l'apparition et les transformations des divers impératifs, dans les consciences du groupe social... et... les lois d'évolution de la morale et du droit rentrent ainsi dans le cadre de la sociologie » ; tandis qu'on ne pourra qualifier que de science *lato sensu*, celle que l'on enseigne dans les facultés de droit. Nous croyons, toutefois, qu'on pourrait qualifier de science, dans le sens positif, *la doctrine*, telle que les juristes la comprennent aujourd'hui. V. à ce sujet Rumpf, *op. cit.*, loc. cit. *Droit théorique*, p. 186-191 et Geny, *op. cit.*, t. I.

nières — *sciences critiques, normatives ou régulatrices* (1).

§ 2. — LA DÉFINITION EXPRESSIVE EST UNE DÉFINITION SCIENTIFIQUE. DÉFINITIONS GÉOMÉTRIQUES ET DÉFINITIONS EMPIRIQUES.

25. — Quoiqu'il en soit de cette discussion que nous ne voulons point entamer, ni plus longuement exposer (2), comme ne constituant pas l'objet de notre étude, il faut, tout de même, *scientifiquement*, constater, avec M. Le Fur, l'existence des *règles commendements*, aussi certaines que les règles *scientifiques* proprement dites, et reconnaître que « toute règle du premier genre, par là même qu'elle constitue un ordre, vise l'action ; elle n'a pas comme les autres, un simple caractère intellectuel ; elle est à la fois constatation et règle, science et art, elle est faite en vue de l'application (3) ». Et même, il faut surenchérir, avec M. Ray, que, « dans l'ordre de la valeur et dans l'ordre de l'action, la tâche intellectuelle est constamment, intimement unie à l'effort de la volonté réalisatrice... Et c'est cette activité

1. « La distinction de Wundt entre les sciences *spéculatives* et les sciences *normatives*,... est bien difficile à soutenir. Toutes les sciences sont théoriques et spéculatives, car toutes ont pour fin immédiate d'établir des vérités certaines et d'en donner s'il se peut, des raisons intelligibles. En même temps, toutes les sciences sont normatives, car il est toujours possible d'utiliser ces vérités pour la direction de l'action » (Goblot, *op. cit.*, p. 3).

2. V. aussi Geny, *op. cit.*, t. I, p. 70-71.

3. Le Fur, *op. cit.*, *loc. cit.*

régulatrice qui nous paraît *spécifiquement juridique* (1) » pour conclure que c'est donc elle qu'il faudra faire ressortir, au moins implicitement, de notre définition.

Maintenant, et en ce qui concerne le caractère scientifique de la définition même, il faut observer, d'une part avec M. Goblot, que la vérité qui s'exprime à l'indicatif est destinée à se transformer en règle de conduite, en impératif (2).

Cela revient à dire que, s'il n'y a pas d'incompatibilité entre une proposition scientifique et une norme de conduite, la première étant destinée à être utilisée sous l'aspect de la seconde, c'est la forme indicative qui convient cependant au caractère scientifique d'un jugement. Or notre définition aura la forme indicative, l'impératif s'incorporant seulement dans les concepts choisis pour le sous-

1. Ray, *op. cit.*, p. III.

2. Goblot, *op. cit.*, chap. XVII, spécialement p. 369 et suiv. (cité aussi par Ray, *op. cit.*). De même : « Toute science peut fournir à l'homme, des moyens de réaliser des fins, proposer même des fins à son activité, à condition qu'elles apparaissent elles-mêmes comme des moyens par rapport à d'autres fins... Les règles pratiques ne sont que des manières différentes d'énoncer des vérités théoriques. Il n'y a donc point deux sortes de sciences, normatives et spéculatives : toute science spéculative est en même temps normative... la substitution de l'impératif à l'indicatif est de l'essence même du raisonnement ». (Goblot, *op. cit.*, p. 4). Et inversement : « Puisqu'il n'est pas de science sans l'idée de cause efficiente, rien ne peut empêcher l'homme de remonter, de cause en cause, jusqu'à la cause première — appelée aussi cause finale, parce que c'est elle qui explique tout — c'est-à-dire Dieu. Donc, pour les prétendues lois naturelles, comme pour tout autre loi, il n'y a pas de loi sans volonté qui la pose. » (Le Fur, « *Le fondement du droit* », p. 489).

entendre et le marquer, puisque, conformément à la méthode indiquée par M. Lévy-Ullmann (1), nous ne ferons qu'évoquer cet impératif. D'autre part, il faut remarquer que « le jugement de valeur exprime lui aussi une nature » (2) et que tout jugement — que ce soit un jugement représentatif ou de valeur —, tout en ayant sa base dans un donné, met en œuvre des idéaux (3), de sorte que toute distinction, même entre les deux sortes de jugements, quant à leur valeur scientifique, est plus ou moins arbitraire et fictive.

Si, à part cela, et enfin, on tient compte de la distinction faite entre les définitions qui sont *génératrices* — qu'on peut considérer comme des principes et qui sont à l'origine, au point de départ des sciences — (les définitions *géométriques*), et entre les définitions qui constituent seulement un résumé, une *conclusion* — et qui sont à la fin, au point d'arrivée des sciences — (les définitions *empi-*

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 72, 95, 152 et surtout 132-139 (II^e part., chap. I, par. III). V. aussi, *Cours de droit civil approfondi*, année 1927-1928.

2. Ray, *op. cit.*, p. 109.

3. Durkheim, cité par Ray, *loc. cit.* La citation continue : « Il est des idéaux dont le rôle est uniquement d'exprimer les réalités auxquelles ils s'appliquent, de les exprimer telles qu'elles sont », il en est d'autres « dont la fonction est de transfigurer les réalités auxquelles ils sont rapportés ». Dans le premier cas, « les jugements se bornent à analyser la réalité et à traduire aussi fidèlement que possible » ; dans le second, ils « disent l'aspect nouveau dont elle s'enrichit sous l'action de l'idéal ... Le jugement de valeur ajoute donc au donné, en un sens, quoique *ce qu'il ajoute soit emprunté à un donné d'une autre sorte* ».

riques) (1) et, si on observe que la définition juridique « semble tenir le milieu entre elles » (2) ou même semble pencher vers les premières et les dépasser (3), on voit clairement et sans contestation ou doute possible, que notre définition du droit, telle que nous l'avons caractérisée, pourra en principe valablement prétendre à ce titre officiel de *définition scientifique*.

§ 3. — CONSIDÉRATIONS PHILOSOPHIQUES.

26. — Pour couronner la suite des idées ci-dessus exposées, nous dirons sans pour cela vouloir amoindrir en quoi que ce soit la valeur de la vraie science, mais seulement pour attirer l'attention sur les écueils de son exagération et critiquer celle qui fait fausse route, qu'en voulant trop rester des hommes de science, on risque parfois de n'être plus scientifi-

1. L. Liard, *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, chap. VII, p. 156-171. Voir aussi *Logique*, p. 81. Sur la même distinction, voir aussi Fornel de Laurencie, *Logique générale*, Paris, 1906, pages 121 et 399 : « L'une (la définition mathématique) est un germe contenant des conséquences à déduire ; l'autre est un fruit mûr, une gerbe cueillie par l'observation et liée à l'aide d'inductions et de déductions laborieuses » (p. 121).

2. Geny, *op. cit.*, t. I, p. 113.

3. Sur la place et le caractère de la définition juridique, M. Ray s'exprime de la manière suivante : « Elle (la définition juridique) se rapprochera des définitions mathématiques plus que des définitions telles qu'on les trouve dans les sciences de la nature, car, elle sera le point de départ d'une construction ; mais elle sera *plus* que la définition mathématique elle-même, plus qu'une *hypothèse* ; elle sera *douée d'autorité*, elle sera *régulatrice*. »

quement des hommes (1). Et nous pourrions citer, avec M. Renard (2), les paroles de Fonsegrive : « A force de se mouvoir dans le cadre étroit, usuel et routinier, on ne vit plus que de formules, de rites et de gestes mécaniques. L'habitude a racorni toute l'écorce consciente de l'âme ; les sources profondes de la vie, auxquelles par défiance on ne puise plus, se sont retirées dans les fonds inconscients de l'être, et finalement ont tari. A peine si, de temps à autre, une secousse puissante arrive à faire jaillir quelques flots de spontanéité et de moralité véritable. C'est l'inoffensive routine des âmes tièdes et engourdies, une sorte de mort vivante (3). »

C'est justement ce qu'ont vu ceux qui, ne s'embarrassant pas de pareils scrupules scientifiques et, profitant de la carence de ceux qui les défiaient, ont essayé et essaient largement et sans rencontrer d'obstacle infranchissable, de proclamer le droit de la force, le droit de la ruse et de la violence.

Et c'est à cause de cette inexpressivité, de cette ataraxie — considérée (à tort du reste) comme scientifique, et donc voulue, — des définitions du droit,

1. M. Rumpf, *op. cit.*, fait sa part, dans l'analyse qu'il fait, à « cette catégorie de travaux dont les auteurs, dans leur chasse à l'objectivité, veulent renoncer à prendre dans les réalités même un point de départ, une direction, sous prétexte qu'il y aurait là quelque chose d'antiscientifique ». A ces auteurs-là, « le sol leur manque sous les pieds ; ils donnent la chasse à un fantôme. » (*op. cit.*, p. 190).

2. G. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, VIII^e conférence, pag. 209.

3. Fonsegrive, *Morale et société*, p. 308.

que le législateur a pu quelquefois se méprendre sur son rôle, de manière à faire douter de son autorité (1), que la jurisprudence a dû souvent apparaître comme illégale, qu'on lui a même prescrit, — pour bien remplir sa tâche, de faire évoluer et progresser le droit — de se dérober, d'agir par surprise et par fraude (2), et que parfois, accablée par le lourd fardeau de la légalité, elle est restée sourde aux appels les plus humains, les plus en droit de se faire entendre.

A côté de la nécessité qui s'affirme, on voit que le devoir d'une définition expressive du droit, s'impose. Devoir logique, devoir juridique, devoir humain, la science ne peut pas rester impassible à ce triple appel, elle ne peut pas méconnaître ou refuser son aide à ce qui constitue son appui et sa raison d'être : la soif de vérité et de lumière, dans tous les domaines de l'activité humaine.

Et, à part les moyens d'investigations y conduisant, qui devront garder l'austère et froide sérénité, de la science, ses formules pourront s'adapter tout aussi bien pour conduire la vie des hommes, que pour reconnaître et déchiffrer l'œuvre de Dieu. Car les hommes sont à son image et leur vie s'écoule dans ses voies...

Par là, notre seconde question — amplement envi-

1. V. G. Morin, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, et M. Riquet, *Enquête sur les droits du droit et « Sa Majesté La Loi »*.

2. V. Marcel Mornet, « *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile. 1804-1904* ». Thèse, Paris, 1904, p. 42.

sagée — se trouvant vidée, nous aborderons une étude qui touche aux confins de ce chapitre, l'étude des éléments caractéristiques, que notre définition devra comprendre.

CHAPITRE II

LES ÉLÉMENTS CARACTÉRISTIQUES DE LA DÉFINITION EXPRESSIVE DU DROIT.

« Il ne s'agit pas d'expliquer le droit par la philosophie, mais de voir ce qu'il peut y avoir de philosophie dans le droit. »

Georges RIPERT.
(*La règle morale. Introduction.*)

SECTION PREMIÈRE

Aperçu général sur la composition logique de la définition unique du droit.

§ 1. Le nombre théorique des éléments formels de la définition proprement dite. — § 2. Contenu et constitution technique de la définition. — § 3. Conclusions.

§ 1. — LE NOMBRE THÉORIQUE DES ÉLÉMENTS FORMELS DE LA DÉFINITION PROPREMENT DITE.

27. — Il faut nous demander dès à présent, et tout d'abord, quel sera le nombre des éléments dans la définition proprement dite. Nous nous appliquerons ensuite à rechercher quelles seront la composition technique et l'allure de cette dernière.

En ce qui concerne le nombre, si on consulte les définitions courantes, on constate qu'il varie sui-

vant les auteurs et, le plus souvent, sinon toujours, il dépasse celui auquel — en stricte logique — toute définition devrait se réduire, c'est-à-dire le nombre de deux. En effet, M. Goblot, dans sa *Logique*, observe très justement que d'ordinaire « on réduit à deux les éléments de la définition », savoir *le genre prochain et la différence spécifique* », et « quand la définition a plus de deux éléments, c'est que plusieurs définitions sont données à la fois » (1).

Tenant compte de ces observations, il serait facile d'expliquer les différentes définitions du droit contenant un nombre d'éléments dépassant celui de deux : c'est qu'elles cumulent plusieurs définitions dans la même formule. Car « tous les éléments de la définition ayant une partie de leur extension commune, il est toujours possible de les grouper tous, sauf un, en un même concept, auquel on donnera un nom s'il n'en a pas, que l'on définira s'il ne l'est déjà, en sorte que la définition se réduise à deux termes » (2).

1. Goblot, *op. cit.*, p. 118.

2. Goblot, *op. cit.*, *loc. cit.* Comp. P. Janet : « La définition est une seule proposition. En effet, la définition doit nous donner l'idée de l'objet ; or, nous avons vu qu'il n'y a qu'une seule idée pour chaque objet. C'est à déterminer cette idée que la définition doit s'appliquer ; par conséquent elle doit l'exprimer par une seule proposition. (Il pourrait y avoir plusieurs propositions implicites, mais à la condition qu'elles se ramènent toutes à une simple idée). Que s'il y en a plusieurs, c'est qu'on ne considère pas l'objet en lui-même, dans son essence, mais dans ses rapports. Ce n'est pas alors une définition, mais une description... Il peut y avoir aussi une suite de propositions, qui sont l'explication de la définition elle-même, mais qui n'en font pas partie. » (Chap. V, p. 401-402.)

28. — Mais il faut remarquer, que, d'habitude, on a considéré (1) et on considère encore souvent (2), ces définitions — à cause de leur longueur même — comme de véritables descriptions, ne correspondant plus au but et à la technique de la définition recherchée. On est allé même plus loin, en concluant — devant la discordance des différentes définitions du droit — à l'impossibilité congénitale, organique, d'une définition du droit, et en affirmant, comme seule capable de réunir tous les juristes, la description (3).

Pour nous rendre mieux compte de ce qu'il faut penser de ces considérations et de ces attitudes, il suffit de nous rapporter et de nous remettre encore aux observations de M. Goblot. Voilà, en effet, comment s'exprime ce puissant logicien : « Les logiciens avertissent d'ordinaire soigneusement de ne pas

1. V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 14.

2. V. la note 2 p. précédente et la remarque de M. Goblot, dans le texte. V. aussi la note suivante.

3. V. G. Cornil, *Le droit privé*, chap. I, le passage sur *L'introuvable définition du droit*, p. 1-2. Voici, en partie, les termes mêmes de M. Cornil : « Il semble que, par sa nature, le droit se dérobe à toute définition précise ; et ce phénomène, outre qu'il stimule très heureusement le zèle des chercheurs, témoigne moins d'une infirmité du droit lui-même que d'une infirmité de notre esprit à la poursuite d'une illusoire clarté, impuissante à traduire fidèlement la réalité complexe des choses... Si une véritable définition du droit est périlleuse et peut-être introuvable, on peut s'essayer pourtant à décrire le droit par sa fonction, et il est permis d'espérer que, en s'engageant dans cette voie, on réussisse à serrer d'aussi près qu'il est possible la notion du droit ». Comp. Emil Feitu, *Domat*, dans la *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1869, p. 70. V. aussi Massé et Vergé, *Le droit civil français par Zachariae*, traduit de l'allemand, tome I, p. 3, cité par M. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 32.

confondre *définition* et *description*. Cette distinction n'est pas bien nette. La description se fait avec un nombre quelconque de termes ; *mais il peut en être de même de la définition*. Dans toute définition, on peut reconnaître un genre, *simple ou composé* et une différence ; mais, s'il n'en est pas de même de la description, l'objet est mal décrit et peut être confondu avec d'autres. *La description s'adresse à l'imagination, la définition à la raison* ; mais on peut définir par des caractères sensibles. *Ou bien la description n'est pas caractéristique, et alors elle est mauvaise, ou elle est caractéristique et alors c'est une définition*. Il est vrai qu'après avoir donné des caractères qui excluent toute confusion, la description peut se poursuivre : les traits que l'on ajoute, font mieux connaître l'objet, mais ne le définissent plus, puisqu'il est déjà défini ; mais la définition, aussi, est ordinairement suivie d'une étude approfondie de l'objet (1) ».

On voit, à la suite de cette succincte analyse, le peu d'importance que l'on doit accorder à la distinction faite entre une définition et une description, au point de vue de leur technique logique.

De plus, si l'on tient compte du fait que la définition du droit a aussi une *mission d'évocation* à côté et à part de celle de précision (2), que dès lors elle s'adresse aussi bien à l'imagination qu'à la rai-

1. Goblot, *op. cit.*, p. 120.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 132 et suiv. Cons. notre note 1 à la page 19.

son, on peut bien se demander où se trouvera la différence affirmée entre la définition et la description du droit. Du reste, mais d'une manière générale, M. Goblot précise : « La distinction la plus nette et la plus utile est que l'on décrit des sujets singuliers, tandis qu'on définit des concepts (1). »

29. — Si bien qu'il ne nous reste — pour expliquer les définitions du droit à plus de deux éléments — qu'à nous référer au concept même qui y est défini, c'est-à-dire à la notion du droit, et y chercher la cause de cette particularité.

Car, si dans d'autres domaines, il peut se faire que la multiplicité des termes d'une définition soit seulement le résultat d'un manque de précision et de synthèse logique, la même explication ne peut être donnée, en ce qui concerne la définition du droit.

En effet, tandis que les autres définitions à termes multiples, parce que composées de plusieurs définitions y incluses, peuvent être ramenées à une seule, par le groupement et la réduction de ces termes à deux, sans rien perdre pour cela de leur portée, mais bien au contraire, la renforçant par la brièveté et dès lors par une clarté nouvelle ; le

1. M. Goblot continue ainsi : « On peut d'ailleurs décrire par le genre et la différence ; seulement la différence est individuelle et non spécifique. *Le soldat n° 10* est une description par le genre et la différence. » (*op. cit.*, p. 120). Comparez, d'autre part, la distinction faite par Lefebvre entre les définitions essentielles et les définitions *descriptives* (Voir l'exposé de cette distinction, plus haut dans le texte, n° 17, à la page 45.

même résultat ne peut s'accomplir, au sujet de la définition du droit, qu'avec de grosses pertes pour ce qui constitue sa portée et en conséquence sa valeur pratique.

30. — Nous avons vu, en effet, que la définition expressive du droit doit présenter le caractère d'une définition-règle, d'une définition-principe (1). Mais elle ne pourra répondre à cette exigence qu'en laissant entrevoir toutes les possibilités génériques ou les manifestations, que la notion du droit contient en puissance (2). Or ces possibilités, quoique limitées par ce qui constitue l'essence même de cette notion, sont multiples et assez nombreuses, par leurs éléments ou caractères spécifiques, pour demander plusieurs termes, dans une formule qui veut — et surtout qui doit — tenir compte de leur existence. Car — à part les différents points de vue (interne ou externe, formel ou génétique, etc.) desquels la notion du droit (comme du reste toute et n'importe quelle autre notion) peut être envisagée — elle est représentative d'une *réalité complexe*, composée de données et *créatrice de valeurs* se déroulant sur plusieurs plans concurrents mais distincts d'activité humaine. Et c'est cette particularité, du reste, qui a donné naissance aux définitions multiples du droit — si magistralement étudiées dans leur caractère et leur signification par M. Lévy-

1. V. *supra*, n° 22.

2. Voir l'explication de cette nécessité, *infra*, n° 45, p. 60.

Ullmann (1) — car c'est à cause de cette particularité qu'on a pu distinguer le droit *idéal*, le droit *naturel*, le droit *subjectif*, le droit *individuel*, le droit *social*, le droit *objectif*, le droit *positif* et le droit *en vigueur*, et qu'on a pu différencier les données *réelles* ou strictement naturelles, les données *historiques*, les données *rationnelles* et les données *idéales* du droit (2). Seulement, toutes ces données et ces valeurs, considérées d'habitude comme des *aspects* différents d'une *même réalité*, constituent, au contraire, des *réalités*, ou mieux des réalisations distinctes d'une *même entité*, à savoir de celle qui, synthétisant le droit tout court, passe comme un « souffle unique » à travers elles.

La définition expressive du droit sera donc nécessairement composée de plusieurs éléments correspondant aux directives des divers plans sur lesquels l'activité juridique se développe, et indiquant les différentes manifestations de la notion du droit. Car c'est seulement à cette condition et de cette façon que le reproche de trop jurer avec la réalité des choses sera épargné à la formule de cette définition.

31. — D'ailleurs et d'une manière générale, cette pluralité d'éléments, composant la définition du droit, a été reconnue et observée, comme une nécessité de la définition unique, par les auteurs qui s'en sont occupés, et qui, sans toujours le

1. V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, I^{re} Part., chap. III, p. 36-53.

2. V. Geny, *op. cit.*, t. II, chap. IX (XIV), p. 371.

déclarer ouvertement et peut-être quelquefois même sans le vouloir, l'ont implicitement admise, par la composition chargée qu'ils ont donnée à leur formule.

Ainsi M. Lévy-Ullmann — analysant la définition donnée par Kant et y trouvant un élément évocateur « qui outrepassé les éléments strictement formels du droit » (élément que notre maître emploiera d'ailleurs lui-même dans la définition qu'il donnera) — constate que « cette adjonction, certes, n'a rien que de très légitime, quand on adopte pour principe que la définition du droit, à côté des éléments formels, doit tenir compte, dans une certaine mesure, du but du droit » (1). Et plus loin, dans la partie consacrée à la méthode de construction de la définition du droit, exposant la double mission de précision et d'évocation de cette définition, M. Lévy-Ullmann, après avoir fait — en véritable logicien — la part des données formelles : « les données les plus caractéristiques, celles qui permettent véritablement de déterminer l'originalité de la notion à définir au milieu des notions similaires, par le double moyen d'un rapprochement (genre prochain) et d'une différenciation (différence spécifique), d'avec ces notions similaires elles-mêmes » (2) — données qu'il faudra retenir pour les insérer dans la formule de la définition — conclut, que, pour « *dominer et définir la notion complète* »

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 95.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 133.

du droit (car « les définitions *juridiques ne peuvent pas s'abstraire* des autres points de vue, rationnel, social, individuel, du droit naturel, du droit dit objectif, du droit dit subjectif »), il faudra *en plus* des premiers deux termes formels — « découvrir des termes, des expressions, des tournures de phrase, des modalités de langage, aptes à faire surgir aux regards de l'esprit en éveil, l'image de la notion à définir, envisagée à ces divers points de vue » (1).

De même, M. Bonnecase — d'une manière moins logique dans la méthode mais plus précise dans ses résultats positifs — après avoir donné la définition du droit, citée plus haut (2), trouve, à l'analyse, que « cinq éléments intimement unis entre eux, et dépendant les uns des autres doivent être distingués *si l'on veut embrasser dans son entier la structure organique du droit* : 1° le but des règles du droit ; 2° leur domaine d'application ; 3° leur degré de force ou leur sanction ; 4° les sources d'où elles dérivent ; 5° la substance dont elles sont faites » (3).

Nous rapprocherons de ces affirmations l'analyse de la définition unique donnée par M. Geny (4), analyse faite par M. Lévy-Ullmann (5), d'après l'exposé même de l'auteur (6). Après avoir constaté le souci qu'a celui-ci de fonder sa définition sur des

1. *Idem*, p. 134.

2. V. n° 5, p. 25.

3. Bonnecase, *op. cit.*, p. 9.

4. V. cette définition citée à la page 14 de notre étude (n° 2).

5. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 76.

6. Geny, *op. cit.*, t. I, p. 43-51.

assises logiques (genre prochain et différence spécifique), et après avoir résumé l'analyse que M. Geny entreprend pour trouver le genre prochain du droit, M. Lévy-Ullmann montre, sous la rubrique de la différence spécifique, que celle-ci est rendue par *trois éléments*, ou trois *critériums*, qu'en d'autres termes *il y a trois différences spécifiques* dans la définition analysée, à savoir : 1° la force de la sanction (*la sanction* extérieure ou mieux la « tendance à la contrainte », correspondant au troisième élément de l'énumération de M. Bonnecase); 2° l'idée du juste (« *le but* même de l'organisation juridique », élément correspondant, par le rôle que M. Geny lui attribue, au premier élément de M. Bonnecase); 3° l'impératif catégorique (les « injonctions catégoriques » qu'on pourrait considérer comme *la substance* du droit et qui correspondrait ainsi au cinquième élément du même auteur). Faisant abstraction ici, de la critique que M. Lévy-Ullmann fait à la définition de M. Geny (1), critique portant en partie sur la contradiction qu'on constate entre l'intention première de l'auteur et ce qu'il nous présente comme une formule générale (2), nous nous contenterons de faire observer, qu'habituellement un seul élément

1. V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 78 et suiv., et surtout p. 79.

2. En effet M. Geny, après avoir, dans une note, attiré l'attention sur son intention de n'envisager que le droit au « sens objectif », présente une formule qu'il considère lui-même comme exprimant la notion du droit « en général », qui arrive à dominer — d'après M. Lévy-Ullmann — la notion du droit naturel, et du droit positif et l'aspect social du droit, et qui comprend aussi, d'après nous, la notion du droit idéal et celle du droit en vigueur.

suffit pour jouer le rôle ou pour constituer une différence, surtout quand elle doit être *spécifique* (1), et que, par suite, si l'auteur s'en remet à une trinité, c'est que le besoin d'envisager cette spécification sous des critères différents, relatifs à des réalités distinctes, s'imposa à lui, contre et malgré ses affirmations et sa volonté contraires.

Nous vérifions ainsi, — par les directives qui se dégagent de cet exposé, — la consistance de nos propres constatations : c'est qu'elles concordent avec l'affirmation répétée et soutenue de la pluralité des éléments qu'une définition expressive du droit doit comprendre. Mais cette affirmation, voulue ou non, précise ou vague, si elle est quelquefois consciente de sa signification juridique proprement dite, est toujours négligeante ou négligée dans ses conséquences portant sur la technique logique de la définition du droit.

§ 2. — CONTENU ET CONSTITUTION TECHNIQUE DE LA DÉFINITION PROPREMENT DITE.

32. — Quant à nous, en ce qui concerne les conséquences de nature technique sur la définition nous pensons, qu'il est au contraire de toute

1. C'est ainsi que M. Geny affirme que : « la définition juridique sera d'autant plus parfaite qu'elle analysera plus complètement la compréhension de l'idée à fixer, en la rattachant à un genre prochain (supposé préalablement connu), pour l'en séparer par la différence spécifique, qui marque l'individualité propre de l'objet à définir (*op. cit.*, t. I, p. 153).

nécessité et absolument indispensable d'en prendre connaissance. Car c'est de cette manière seulement qu'on peut arriver à comprendre le caractère et à expliquer le sens des différentes formules proposées, qu'on peut arriver à concilier les exigences — juridiques et logiques — en apparence contradictoires, qui ont fini par rejeter la définition du droit dans le domaine des utopies (1).

En effet, tandis qu'une stricte logique, dont l'autorité ne s'est pas encore démentie (2), consacre — comme nous avons eu déjà l'occasion de le voir — la limitation et l'encadrement des termes d'une définition dans deux éléments formels : *le genre prochain et la différence spécifique*, — les exigences propres de la définition expressive du droit semblent ne pas s'accommoder avec ce cadre, le déborder et le déformer pour aboutir à une formule, qui n'a d'une définition, que le nom. En réalité cependant, l'aspect propre du domaine juridique, tout en imposant une allure caractéristique à la définition expressive du droit, ne la rend pas impossible comme telle et ne lui prescrit pas d'autres éléments formels, que ceux habituellement employés et que nous venons justement de nommer. Seulement, ces deux éléments formels sont loin d'être imposés dans leur simplicité primitive et théorique. Ainsi, nous avons rencontré M. Goblot parlant d'un genre *com-*

1. V. ci-dessus p. 63, note 3. Comp. Emile Feitu : « Domat », *loc. cit.*, p. 70.

2. V. cependant un passage de Stuart Mill cité par H. Taine dans l'*Histoire de la littérature anglaise*, t. I, p. 359.

posé et M. Géný employant *plusieurs* différences spécifiques dans la formule d'une même définition (1). Il ne nous reste qu'à consolider et à systématiser ces observations, pour résoudre la contradiction signalée.

Mais avant de chercher le vrai sens technique et l'utilité pratique que ces nouvelles perspectives peuvent présenter, il nous faut préciser un peu et résumer les éléments que nous sommes arrivé à considérer comme indispensables pour la constitution et le contenu d'une définition expressive du droit : de cette manière nous serons à même de comprendre les considérations qui les concernent.

33. — Nous avons vu qu'une telle définition devra exprimer *la vérité essentielle et profonde* du droit (2), et qu'en tant que définition juridique, elle devra — à cause de son caractère particulier — envisager et *le but* ou *l'idéal* (3), qu'il se propose, en général, de réaliser ou d'atteindre, et *les modalités* qu'il crée dans la poursuite de cette réalisation (4).

Si on tient compte de ce que, d'après M. Bonnecase (5), l'étude de la notion de droit comporte plusieurs questions, concernant : 1^o la nature ; 2^o le contenu et 3^o la fonction de cette notion, et si on sous-entend dans la dernière ce que nous avons

1. V. *supra*, n^o 28 et 31 *in fine*.

2. V. n^o 15, p. 42.

3. *Idem*. n^o 21, p. 50.

4. *Idem*, n^o 30, p. 66 et surtout 67.

5. V. Bonnecase, *op. cit.*, chap. préliminaire, n^o 7, p. 23.

appelé le but du droit, de manière à ne retenir que les deux autres, on conçoit et on comprend le déboulement logique et nécessaire de cette vérité essentielle et profonde du droit, dans ce qu'on appelle : a) *l'essence proprement dite*, c'est-à-dire la *nature* exprimant l'origine de la notion, et b) *le fondement*, c'est-à-dire la *base* ou le principal appui du droit exprimant son contenu essentiel et principal, sa substance (1). D'autre part, comme les autres éléments que les auteurs encadrent dans la définition (domaine d'application. sanction, etc.), sont représentatifs des diverses modalités du droit, modalités qui seront exprimées, comme nous allons le voir (2), justement par des éléments appartenant aux plans sur lesquels la notion du droit se réalise, il

1. Sur ce point, nous différons de notre maître, M. Lévy-Ullmann, qui, se tenant strictement aux exigences de la définition formelle, croit pouvoir se passer, dans la définition du droit, du contenu et de la fonction de cette notion (*op. cit.*, p. 158). V. à ce sujet, les considérations que nous présentons au n° 4 de notre étude. Nous y ajouterons seulement, après l'analyse des définitions que nous avons exposées dans la suite, que le concept substantiel du droit est tout aussi intéressant que son concept formel, et que la raison pratique est tout aussi nécessaire que la raison pure elle-même. Et si on accepte la nécessité et la possibilité d'une définition expressive du droit, on doit logiquement y envisager le contenu de cette notion, sans encourir le reproche — qui n'est pas du tout méprisable, du reste — de délaisser le terrain scientifique pour se réfugier sur celui métaphysique. Comp. en ce sens C.-Q. Bunge, *op. cit.*, qui, dans le chap. IX, donne deux définitions du droit, la première *selon sa forme et ses procédés*, la seconde *selon son objet et son contenu*. Du reste, notre maître arrive, lui aussi, dans la définition qu'il donne, et en dehors des éléments strictement formels, à considérer *l'objet* du droit, qu'il trouve dans le terme de « liberté ». (V. p. 156 et suiv.).

2. V. n° 47 de notre étude.

s'ensuit que théoriquement, la définition expressive du droit comprendra quatre éléments représentant ainsi : 1^o l'essence du droit ; 2^o son *fondement* ; 3^o sa *fonction* et 4^o ses *modalités*, sans tenir compte de ce que pratiquement ce nombre sera inévitablement accru de par le caractère intrinsèque du dernier d'entre eux.

34. — Si l'on passe maintenant à l'analyse de la constitution technique de cette définition, on doit remarquer d'une part, et en ce qui concerne ce dernier élément, que les plans sur lesquels la notion du droit se réalise se déroulent depuis l'abstraction du plan philosophique jusqu'au concret du plan judiciaire, passant par les plans intermédiaires : moral, politique, économique, social, doctrinal et historique. Ainsi cette notion se développe dans des réalisations, évoluant, comme nous l'avons déjà signalé (1), depuis l'idéalisme le plus pur, sous la forme du droit idéal, jusqu'au réalisme le plus palpable, sous la forme du droit en vigueur, passant par les formes intermédiaires du droit naturel, du droit subjectif, du droit individuel, du droit social, du droit objectif et du droit positif ; dès lors ses manifestations se hiérarchisent dans une classification dans laquelle chacune est pour la suivante un genre prochain et présente pour la précédente une différence spécifique. D'autre part, les trois premiers éléments sont, comme nous allons le voir dès

1. V. *supra*, n^o 30.

que nous préciserons leur contenu spécifique — les éléments strictement logiques, de ce qui — dominant toutes les modalités — constitue la liaison suprême de tous les éléments de la définition prise dans sa signification générale et entière (1).

Ainsi, revenant aux observations techniques, qui nous ont ouvert des perspectives nouvelles sur la composition logique de la définition, et en nous limitant ici à considérer seulement l'agencement logique de ses éléments, nous pourrions dire que, dans leur succession — dans la formule de celle-ci — ils se placent et se suivent de telle manière que chacun, à part le premier, constitue à son tour une différence spécifique s'ajoutant à ceux qui la précèdent, pour former, après avoir comme telle caractérisé une des manifestations connue du droit, le genre prochain d'une autre, et ainsi de suite, jusqu'à ce que tout le contenu de cette notion soit épuisé. La définition correspondant à la dernière différence a donc un genre, composé du genre prochain initial auquel sont venues s'ajouter, au fur et à mesure, toutes les différences qui le suivent, sauf la dernière. En d'autres termes et en nous reportant seulement à son aspect formel, la définition expressive du droit a, de par la composition technique de ces éléments, une *allure en cascades successives* (2).

1. V. *infra*, n^{os} 46 et 66.

2. Sur la possibilité d'une telle définition et sur son sens logique, voir ci-dessous, n^{os} 45-47.

§ 3. — CONCLUSIONS.

35. — Concluant ces considérations fondées sur l'observation des faits, nous résumerons — pour nos besoins — les résultats que nous croyons avoir acquis, sous les deux chefs suivants :

1^o La pluralité des éléments, constituant la définition expressive du droit, s'impose de par la nature même du domaine auquel elle s'applique (1) ;

2^o Cette pluralité, qui allonge nécessairement l'aspect de la définition, ne lui fait point du tout perdre son caractère logique (2).

Et, puisque ce caractère est sauf, il nous faut obéir encore à ses injonctions que nous croyons résumer dans deux autres considérations, à savoir :

a) De toutes les manifestations ou réalisations du droit il faudra que nous choissions — pour les évoquer dans la définition — seulement celles qui ont une signification caractéristique, de façon à répondre à cette autre exigence logique de la définition : celle d'être claire.

1 et 2. Nous croyons qu'en dehors des considérations que nous avons exposées jusqu'ici ou qui vont suivre, les lignes de la Préface à la *Logique* de M. Goblot, écrites par M. Boutroux et terminant sa lettre, sont suffisantes pour justifier le caractère particulier ou singulier — et quand même logique — de la définition du droit. Les voici : « Si la logique doit exposer les lois non d'une intelligibilité abstraite, mais de la connaissance de l'être, elle doit non seulement adapter l'être à ses fins, mais s'adapter elle-même à la nature de l'être. La raison, comme l'enseignait Descartes, n'est pas donnée une fois pour toutes avec tout son développement : elle est susceptible de culture et de progrès » (*op cit.*, p. xv-xvi).

b) La formule générale de la définition devra enfin correspondre à un défini capable de comprendre, de dominer et de faire la liaison (1), de tous les éléments qui la composent. Car « la condition générale de toute définition est que le défini et la définition aient la même extension, c'est-à dire soient attribués des mêmes jugements virtuels (2) ».

Remettant l'examen de la première considération et de ses conséquences sur la composition de la définition, pour l'entreprendre à l'occasion et au cours des recherches détaillées sur le contenu précis et spécifique de ces quatre éléments théoriques, ci-dessus distingués (3), nous n'envisagerons à présent que la seconde, d'autant plus que, à part son intérêt théorique, elle répond aussi au besoin impérieux — qu'il est justement temps de satisfaire — de préciser ce que nous entendons définir, pour éviter tout équivoque et tout malentendu (4).

C'est ainsi que nous sommes amené à analyser la nature du premier terme de la définition : *le défini*.

Mais, de même que nous avons dû faire allusion à ce terme en analysant les éléments de la définition proprement dite, de même nous serons forcé de parler de celle-ci en analysant la nature du premier.

1. V. Goblot, *op. cit.*, n° 68, p. 107.

2. *Idem*, n° 73, p. 117.

3. V. *supra*, n° 33.

4. V. dans cet ordre d'idées A. Stoop, *op. cit.*, Introduction, § 1, p. 1-8.

SECTION II

Considérations autour de la nature du défini dans la définition expressive du droit.

§ 1. Nécessité de fixer la nature du défini. — § 2. Définition nominale et définition réelle. Conception philosophique adoptée. — § 3. La définition du droit, définition idéologique. — § 4. Méthode à suivre dans l'élaboration de la définition. — § 5. — L'idée du droit et les avantages de la définition idéologique. — § 6. La définition expressive du droit, définition philosophique.

§ 1. — NÉCESSITÉ DE FIXER LA NATURE DU DÉFINI.

36.— Pour bien comprendre l'importance et le sens des lignes qui vont suivre, il est utile de rappeler, tout d'abord, l'usage abusif qu'on fait du mot *droit*, en l'appliquant à un ensemble législatif quelconque — parallèlement à l'idée erronée que la loi seule et de par sa propre force crée le droit — abus qu'on n'a pu et qu'on ne peut commettre qu'en confondant la loi, source *matérielle* et *partielle* (1), du droit, avec ce dernier. On a protesté de tous les temps et on proteste encore de nos jours, contre cette manière de voir et de parler (2), mais sans beaucoup de succès, car cette confusion persiste, encouragée et protégée par des intérêts politiques s'y complaisant, ou

1. *Partielle*, non seulement parce qu'il y a plusieurs sources de droit, mais aussi parce que la loi n'est pas seulement source de droit, mais aussi instrument d'affirmation politique, ce qui, en théorie, devrait peut-être être la même chose, mais ce qui ne l'est pas toujours en réalité.

2. V. l'ouvrage cité dans la note 2 de la page 28.

— ce qui est plus redoutable — par les nécessités pratiques qui n'admettent pas des distinctions tranchantes entre les divers plans de l'activité humaine. Or, pour que cette confusion — regrettable surtout dans ses conséquences — ne soit pas perpétrée par la définition du droit, il est absolument nécessaire qu'une analyse de la nature de notre défini soit entreprise.

Et on comprendra cette nécessité et on s'en rendra mieux compte, en se reportant à un passage du livre de M. Stoop, passage dans lequel l'auteur conclut que la recherche d'une notion générale du droit doit « fatalement être vouée à rester sans résultat (1) ».

Nous avons vu que la définition du droit doit exprimer les diverses modalités de réalisation de celui-ci. Cela revient à dire, que le défini doit les comprendre en puissance dans sa signification synthétique, dans ce que nous avons appelé jusqu'ici sa *notion*. Or, M. Stoop affirme : « qu'une notion générale du droit, embrassant le droit subjectif aussi bien que le droit objectif et, dans le cadre de ce dernier, le droit en vigueur aussi bien que le Droit juste, est une chose inconcevable, parce que ces notions respectives ne renferment pas de marques caractéristiques communes, qui pourraient nous fournir la matière d'une notion générale les embrassant toutes les trois et n'embrassant qu'elles » (2). Ou — ce qui revient

1. A. Stoop, *op. cit.*, p. 49. Comp. J. Dabin, *op. cit.*, p. 6-12.

2. *Idem*. Voir aussi la page 75, où, analysant la définition donnée par Stamler, l'auteur estime : « qu'il n'a point réussi à

d'ailleurs au même, — ne trouvant pas, dans leurs extensions respectives, une partie commune à toutes, à la fois, on ne pourrait pas concevoir une notion générale les englobant, pas plus qu'on n'en trouverait une définition unique.

37. — Sans accepter les conclusions de cet auteur — et nous allons voir pourquoi nous ne pouvons le faire — conclusions qui d'ailleurs et tout au moins en partie, ont été rendues possibles précisément à cause de la confusion que nous avons signalé tout à

trouver une notion générale embrassant tous les règlements extérieurs qualifiés de « droit » (dans le sens objectif), mais n'embrassant qu'eux ». « Et — ajoute l'auteur — il est même probable que personne n'y réussira jamais. Car lorsqu'on veut déterminer une notion qui embrasse le Droit juste, aussi bien que le droit en vigueur, cette notion ne peut renfermer ni l'élément « être en vigueur », ni celui de la justice. Car, de prime abord, il semble que tout Droit *juste* n'est pas *en vigueur*, comme tout droit *en vigueur* n'est pas *juste*. Par suite, cette notion générale embrasserait inévitablement des règles qui ne sont ni justes ni en vigueur, et celles-ci ne sont qualifiées de « règles juridiques » par personne. » En ce qui nous concerne, nous faisons ici toutes réserves relativement à l'expression de « Droit juste » dont M. Stoop se sert, expression qui laisse entendre et supposer celle de droit injuste et qui dérive de la confusion signalée au texte. Car s'il peut y avoir des lois, voire même une législation entière, injuste, on ne peut concevoir un *droit* injuste, sans une confusion de langage, ces deux termes se détruisant réciproquement, de même qu'on ne peut correctement parler d'un droit *juste*, ce qui constituerait une pure tautologie. Il faut en effet distinguer les deux notions de *droit* et de *législation*, notions qui n'ont pas les mêmes notes dans leur contenu, ni par conséquent une sphère identique d'application. En effet, le droit ne s'exprime pas tout entier dans les lois ou la législation, et celles-ci contiennent, à part et outre les règles de droit, des règles de conception purement et strictement politique, c'est-à-dire des règles conçues seulement en vue d'un intérêt de domination et indépendamment de leur incidence injuste sur le terrain proprement juridique.

l'heure, il apparaît clairement qu'il faut, tout de même, nous demander :

1^o *Quelle sera la nature du défini* — ce défini comportant plusieurs modalités — de notre définition expressive, c'est-à-dire qu'est-ce que constituera la liaison suprême des éléments de la définition proprement dite, de ces éléments alternatifs et successifs dans leur acception logique ?

2^o *Quelle sera la signification générale* que la formule de la définition expressive aura, autrement dit à *quel point de vue envisagerons-nous le défini* ?

Pour répondre à ces deux questions, il est nécessaire d'en trancher une autre, préalable, de l'étude et de la solution de laquelle dépendra aussi et en partie la méthode que nous aurons à suivre dans la recherche des éléments de notre définition :

Est-ce que la définition du droit est ou doit être une définition de mot (définition nominale) ou une définition de chose (définition réelle) ?

§ 2. — DÉFINITIONS NOMINALES ET DÉFINITIONS RÉELLES. CONCEPTION PHILOSOPHIQUE ADOPTÉE.

38. — Sans nous attarder sur cette distinction nouvelle — dans l'ordre de notre exposé — sur son ancienneté et son histoire (1), sur son imprécision et ses divers sens ou acceptions, sur les controverses et les constatations qu'elles souleva et sou-

1. V. F. Enriquès, *L'évolution de la logique* (traduit de l'italien par G. E. Monod-Herzen) et Laland, *Vocabulaire...*, au mot *définition*. V. aussi Janet, *op. cit.*, p. 404, n° 335.

lève encore, nous ferons observer, avec de la Laurencie, qu'une définition ne peut être ni *purement* réelle, ni *purement* nominale (1) ; c'est que la définition exprime et précise avant tout une idée (2).

1. V. Fornel de la Laurencie, *Logique générale et appliquée*, p. 18, et dans le même sens Duval-Jouve, *Logique*, cité par Janet, *op. cit.*, p. 406 ; comp. Janet. Voilà maintenant comment s'exprime de la Laurencie. « Elle (la définition) a pour objet à la fois la chose et le terme qui l'exprime ». D'ailleurs, il ne faut pas croire que nous considérons cette distinction comme inutile et comme n'ayant pas de correspondant dans la réalité logique. Comme le fait très bien remarquer M. Janet — analysant la critique de Duval-Jouve — : « Malgré ces objections, nous croyons que la théorie de Port-Royal doit être maintenue. Sans doute, toute définition de mot est en même temps une définition de chose, et réciproquement ; car tout mot, à moins d'être vide de sens, exprime quelque chose, et toute chose est exprimée par des mots. Mais tantôt je considère *principalement* la nature de la chose, et tantôt je considère *principalement* le sens du mot ; or, si je n'ai pas le droit de distinguer les faits d'après la prédominance des points de vue, il n'y a plus d'abstraction, et par conséquent pas de science ; car on pourra me dire de même qu'il n'y a pas de largeur sans longueur ni de longueur sans largeur et m'interdire de considérer l'une ou l'autre séparément. Il y a des cas où le sens des mots m'est obscur, et je demande qu'on me l'explique ; d'autres cas où le sens des mots est très connu et très clair, et c'est la chose dont je demande l'explication » (p. 406, n° 336).

2. De la Laurencie continue ainsi : « Définir une chose ce n'est pas définir la chose elle-même dans son individualité, qui est insaisissable ; c'est préciser l'*idée* que nous en avons, c'est-à-dire son essence, ses caractères génériques et spécifiques, à l'aide des mots qui expriment ces caractères. Définir un terme, c'est définir non le mot lui-même, mais l'*idée* exprimée par ce mot. *Ainsi l'objet de la définition est toujours une idée, au fond.* Or, toute idée a un objet réel, soit concret, soit abstrait : tout mot exprime une idée ; donc, à la rigueur, il n'y a pas de définition *purement* nominale, *purement* verbale... Quand on assigne à un mot nouveau tel ou tel sens, ce n'est pas une définition que l'on donne, c'est une convention qu'on établit et à laquelle il ne faut pas déroger. Mais l'idée, à laquelle on a attaché le mot, comme une étiquette, n'est pas susceptible de plusieurs descrip-

En effet, toute présentation de chose, fait naître en nous sa représentation, qui se transforme en une idée que nous individualisons, que nous concrétisons et exprimons par un mot. Or, ce que nous recherchons dans les données de la définition, ce n'est pas la connaissance du mot — ce qui ne pourrait constituer qu'une « locution développée d'un mot abrégatif », c'est-à-dire une proposition qui ne pourrait pas être instructive (1) — pas plus que de

tions : il n'y en a qu'une qui lui convienne et qui soit la vraie. S'il n'y a pas de définitions purement nominales, il n'y a pas non plus de définitions purement réelles, c'est-à-dire capables d'atteindre l'idée sans le secours des mots. Le signe, est un intermédiaire nécessaire entre l'esprit et l'objet intelligible. Une définition purement réelle n'aurait pas de sens. *Toute définition a pour but de fournir un équivalent à une idée.* Ces deux éléments, identiques au fond, doivent être différents dans la forme, c'est-à-dire dans les termes. Si la définition avait pour unique objet la réalité immédiate, on ne pourrait définir une idée que par elle-même, par tautologie : A. est A. Car aucune idée ne pourrait servir à en définir une autre, n'ayant pas la même compréhension. La définition serait inutile ; en effet, dès que l'idée est conçue dans l'esprit, elle est connue clairement et n'a pas besoin d'être définie. *La définition a pour but d'isoler l'idée et de la marquer d'un signe permettant de la reconnaître et de la saisir.* (op. cit., p. 18-19).

1. C'est ce que nous fait remarquer aussi Taine en citant Stuart Mill : « ... au contraire, dit Mill, ces sortes de propositions n'apprennent rien : elles enseignent le sens d'un mot et sont purement verbales. Qu'est ce que j'apprends quand vous me dites que l'homme est un animal raisonnable ou que le triangle est un espace compris entre trois lignes ? La première partie de votre phrase m'exprime par un mot abrégatif ce que la seconde partie m'exprime par une locution développée. Vous me dites deux fois la même chose, vous mettez le même fait sous deux termes différents : vous n'ajoutez pas un fait à un fait, vous allez du même au même. Votre proposition n'est pas instructive. Vous pourriez en amasser un million de semblables, mon esprit resterait aussi vide ; j'aurais là un dictionnaire, je n'aurais pas acquis une connaissance. »

voir la chose — ce qui ne peut être obtenu avec des mots et ce qui ne peut constituer tout au plus qu'une tautologie (1). Non ! Ce que nous demandons à la définition, c'est *de déterminer l'idée* que cette chose nous a laissée dans l'esprit (par la représentation que nous nous sommes faite d'elle) et que nous avons cristallisée — fixée en quelque sorte — dans un mot (2). C'est dire que la définition a pour but : « d'isoler l'idée et de la marquer d'un signe permettant de la reconnaître et de la saisir » (3).

Cette solution, donnée dans le domaine logique, est du reste en plein accord avec l'attitude que nous entendons adopter sur le problème même de la réalité et de la vérité de nos connaissances en général, et de la réalité et de la vérité juridique en particulier (4).

Ce problème, « le vrai problème » — comme le caractérise et le pense très justement M. R. Capitant,

1. V. note 2 de la p. 83 et Bounge, *Le droit c'est la force* (traduit de l'espagnol par E. Desplanque), Introduction, p. xiii. Voilà comment s'exprime ce dernier auteur : « Si l'on entend par définir exprimer, par une formule, l'*objet* ou la nature de ce que l'on définit, toute « définition » est par elle-même une tautologie. »

2. V. Bossuet, *Logique* (chap. II-III), cité dans Janet, *op. cit.*, p. 368-369, sur ce qu'on comprend par le terme d'*idée* : « L'idée exprime donc ce qu'il y a de commun, d'universel, de persistant dans une classe de choses, et par conséquent ce qu'il y a de vrai dans cette classe. *L'idée est ce qui représente la vérité de l'objet entendu* ».

3. V. note 2 p. 83, *in fine*.

4. Sur la nécessité d'une conception philosophique dans l'étude théorique du droit, voir Geny, *op. cit.*, t. I, p. 72-73.

à propos de l'analyse qu'il fait de l'impératif (1) — ce problème reste bien « celui de la théorie platonicienne de la réalité des idées ». Seulement M. Capitant est trop catégorique, en concluant que : « c'est pour ou contre Platon qu'il faut se prononcer » (2). Nous croyons qu'une position, non pas intermédiaire, mais tout au moins amendée, est préférable et c'est pourquoi nous adoptons celle que M. Goblot expose dans sa Logique, et que nous reproduirons entièrement, tant pour sa forme impeccable qu'on ne pourrait concevoir d'une meilleure manière, que pour mieux faire comprendre la suite de nos développements. C'est à la fin d'un chapitre sur la logique du concept, que M. Goblot expose sa conception philosophique, dans les termes suivants :

« Nous n'irons pas jusqu'à dire, avec Platon, que l'idée est plus réelle, que le monde sensible, ou plutôt qu'elle seule est réelle tandis que le monde sensible est illusoire. Mais, avec Platon, nous dirons que les idées en général, et, à la limite, l'idée suprême, sont le seul véritable objet de la science. Si l'on peut parler d'une science de la nature, c'est à condition d'entendre par là la nature des choses, et non les choses elles-mêmes ; la nature des choses, ce sont leurs idées.

« Nous n'irons pas jusqu'à dire, avec Platon, que les idées existent en dehors du monde sensible

1. V. René Capitant, *L'illicite*, chap. I, *L'impératif*, par. VII, Existence purement subjective, de l'impératif, a) l'impératif naturel, p. 32.

2. V. la note précédente.

et qu'elles en sont la raison d'être et la cause, mais, avec Platon nous dirons qu'il y a infiniment plus dans les idées que dans les choses : car les choses deviennent ; leur être se répartit en un passé qui n'est plus, un avenir qui n'est pas encore, et un présent qui meurt dès qu'il est né : tandis que l'idée, est la loi qui enveloppe tout ce passé et tout cet avenir. Les choses ne sont jamais que des valeurs singulières de la variable, que des points de la courbe ; l'idée est la courbe totale, l'équation qui exprime toutes les valeurs de la variable.

« Nous n'irons pas jusqu'à dire, avec Platon, que les idées existent en dehors de l'esprit. *Mais avec Platon, nous dirons qu'elles sont les nécessités logiques dont notre esprit ne dispose pas, qu'elles sont indépendantes de nos ignorances et de nos erreurs, en un mot qu'elles sont vraies.* De même qu'elles dépassent infiniment les choses, elles dépassent infiniment l'esprit ; elles ne s'épuisent pas plus dans l'acte de l'intelligence qui les saisit qu'elles ne s'épuisent dans l'être individuel ou dans l'instant du devenir. Au fond, lorsque Platon disait que les idées existent, il voulait dire, avant tout, qu'il y a une vérité. Seulement il lui semblait que cette vérité, pour n'être pas illusoire, devait être une réalité. Il nous paraît plus naturel de la concevoir comme un idéal, c'est-à-dire qu'il est de son essence de n'être jamais, de ne jamais pouvoir être réelle(1).»

1. Goblot, *op. cit.*, chap. III, p. 115-116.

§ 3. — LA DÉFINITION DU DROIT,
DÉFINITION IDÉOLOGIQUE.

39. — Revenant à la distinction faite et à la solution proposée et que nous avons cru répondre plus exactement à la réalité des choses d'un point de vue général, nous constatons quelles sont en parfait accord avec la conception philosophique que nous adoptons (1). A plus forte raison, donc, la définition du droit — qui est en plus une définition juridique c'est-à-dire portant sur des rapports (2), donc sur des réalités purement idéologiques, et dont la notion tend à dominer et à modérer à son image idéale la réalité concrète — à plus forte raison, cette définition sera une *définition d'idée* ; cela veut dire une définition se rapportant à ce qui se place entre la chose et le mot, se rapportant à *l'idée du droit* à cette *pensée en elle-même*, ou — pour reprendre une expression chère à M. Geny — se rapportant au *droit en soi* (3). Car « si le droit tend à déterminer

1. V. note 4, p. 85.

2. Car on ne peut pas concevoir le droit en dehors ou sans des rapports entre des individus. La démonstration, *per absurdum*, de cette vérité — à l'aide de l'hypothèse classique d'un Robinson, d'un homme isolé : l'*Unique*, à qui l'idée du droit ne dirait rien, — est trop connue, pour que nous l'entamions encore une fois, pour l'exposer dans tout son développement. Voir, à ce sujet, Alessandro Lévy, *La société et l'ordre juridique*, chap. 1, sur *La personnalité et l'idée du droit*, surtout pages 74-76 et 83 et suiv.

3. V. Geny, *op. cit.*, En ce qui concerne le sens du mot *idée*, voir la note 2 de la page 85. V. aussi G. Renard, *La valeur de la loi*, 1^{re} leçon, IV^e thèse, 2^e proposition, page 20 : « J'entends par

l'action, il suppose et appelle la pensée, de telle sorte qu'il nous apparaît, *prima facie*, sous la forme d'une idée rationnelle » (1).

idée une chose immatérielle qui est pour l'esprit humain, *objet de connaissance* comme les choses matérielles. » Adde : Laland, *Vocabulaire* : « Préconception, dans l'esprit, d'une chose à réaliser. » Et, M. Laland constate — comme le reconnaît aussi M. Renard — que c'est ainsi qu'on entend ce mot dans la science du droit.

1. Geny, *op. cit.*, tome I livre 1, chap. IV, n° 38, page 110. Voir dans le même sens M. Lévy-Ullmann, dans l'ouvrage citée, à la page 66 : « Le droit est *fils de l'intelligence*, il est le produit des facultés de l'esprit. A quelque école qu'on se rattache au regard de son origine et de son but, et fut-on le plus intraitable des « objectivistes » on sera bien forcé de convenir qu'il n'y aurait pas de « règle de droit » s'il n'y avait pas de cerveau humain. Le droit doit donc être considéré, avant toute chose, dans l'esprit. Il s'y présente sous les espèces de ce que les philosophes appellent proprement, en logique, *une notion*. Et bien ! si l'on ne veut ou si l'on ne peut examiner cette notion en profondeur pour en dégager la substance et doter du substantif ainsi découverte la définition recherchée, que cette définition, tout au moins porte sur la notion elle-même et non sur les combinaisons de langage par lesquelles elle s'adresse à l'homme. » (Sur le sens qu'on doit attribuer au mot « notion », voir ci-dessous p. 96 et suiv.). Adde E. Boirac (cité par M. Geny) : « Le droit est donc, en définitive non une réalité empirique mais une idée rationnelle. » (*Cours élémentaire de philosophie*, 12^e éd., page 301). Voir aussi P. Janet, *op. cit.*, n° 513, p. 643 : « ... le droit comme le devoir n'est qu'une idée. Une idée par elle-même n'agit pas ; il faut toujours que l'activité humaine prenne l'initiative. La force physique peut donc toujours passer par-dessus l'idée, et quelquefois même, sans avoir besoin pour cela d'aucun effort surérogatoire. Cependant l'idée subsiste et elle exerce son pouvoir soit par la conscience, soit dans le souvenir des hommes ; et enfin même, lorsque, tous ces moyens d'action lui sont interdits, elle survit encore ; et opprimée, dépouillée, vaincue, elle est encore plus noble que ce qui la brave, et plus souveraine que ce qui la foule aux pieds. Ce qu'il faut expliquer, c'est comment il peut se faire qu'une idée arrête la force, ou, quand elle ne l'arrête pas, qu'elle puisse la proscrire et la juger. »

40. — Arrivé à ce point — et puisque nous nous sommes appuyé, en terminant, sur une proposition de M. Geny — nous pouvons et même nous devons nous demander si la position que nous avons prise, n'est pas en contradiction avec celle que M. Geny, lui-même, entend, par ailleurs, prendre sur la matière, avec une compétence reconnue.

En effet, d'après l'honoré professeur de Nancy, « les définitions juridiques n'auront de valeur objective que comme définitions de choses, résumant et synthétisant les caractères réels d'une institution d'après les faits, sauf à servir parfois d'instruments pratiques d'adaptation, comme définitions de mots (1) ».

Et encore, si nous réussissons à établir un terrain de conciliation sur la position même que nous avons adoptée, on pourra tout de même se demander quel sera l'avantage qu'on pourra obtenir de la solution intermédiaire — pour ne pas dire distincte — que nous avons adoptée ?

En ce qui concerne la première remarque, il faut tout d'abord observer que, dans le passage cité, M. Geny se réfère à la définition d'une institution juridique quelconque et non pas à la définition du droit, ce qui n'est pas du tout la même chose. Nous avons vu, en effet — par la citation, précédant celle-ci — les considérations que M. Geny lui-même porte sur l'aspect propre du droit, considérations qui nous ont justement servi d'appui et de témoignage dans

1. Geny, *op. cit.*, t. I, livre I, chap. IV, n° 47, p. 136.

notre conclusion même. Il faut ensuite remarquer que la thèse de la Laurencie — à laquelle nous nous sommes joints et qui consiste à dire qu'une définition ne peut être ni purement réelle, ni purement nominale — cette thèse, loin d'exclure ces deux aspects de la définition, construit, au contraire, sa conception justement sur leur collaboration. En effet, d'après de la Laurencie, la définition qui a pour « but d'isoler l'idée » a pour « objet à la fois la chose et le terme qui l'exprime » (1).

On sent très nettement que nous touchons ici à un terrain sur lequel la conciliation peut se faire. Et, l'entente réalisée, nous aurons établi aussi et du même coup, la méthode que nous allons suivre dans la recherche du contenu des éléments de notre définition, car c'est sur un terrain de méthode, portant sur la technique d'investigation, que la contradiction signalée se résout.

§ 4. — MÉTHODE A SUIVRE DANS L'ÉLABORATION
DE LA DÉFINITION.

41. — En effet, dans l'élaboration de la définition juridique du droit, telle que nous l'avons conçue ci-dessus, et pour extraire l'essence et le principe de celui-ci, nous ferons appel tant au *mot* lui-même, pour y étudier sa signification étymologique, qu'à la réalité complexe formant son développement concret, c'est-à-dire aux *choses* du droit. Nous envi-

1. V. note 1, p. 83.

sagerons donc, comme objectifs et comme moyens constituant la matière de nos recherches et par suite le fondement de nos résultats, à la fois *le terme* et *la chose*, qui expriment et constituent « le droit » (1), de sorte que la définition élaborée présentera des caractères appartenant aux deux définitions respectives.

De plus, sur le terrain de l'investigation, la distinction faite entre les deux définitions est imprécise et leurs domaines se confondent souvent. Ainsi, si toute idée s'exprime par des réalités (concrètes ou abstraites), le mot qui l'individualise en constitue justement une très importante et très significative par les richesses de vérité et de vie primitive et pure qu'il résume et synthétise. Notre appel au mot se rattachera donc, lui aussi, du point de vue considérant le mot comme une chose, au but et à la méthode de la définition réelle. Par les autres appuis, qu'elle nous fera solliciter de la doctrine et de la jurisprudence, cette méthode vérifiera seulement la valeur de ses premières découvertes, de manière à accroître l'autorité objective de la définition. Mais, à cause de l'usage abusif que l'on fait du mot « droit »

1. Voir dans le même sens Janet : « ... dans toute recherche il faut partir de la définition *nominale* (savoir de quoi on parle) pour aboutir à la définition *réelle*. En effet si je savais d'avance ce qu'est la chose, je n'aurais pas besoin de la chercher; et si, d'un autre côté je ne savais pas reconnaître cette chose, je ne saurais ce que je cherche. En ce sens les définitions nominales correspondent à ce que Leibniz appelle quelque part des définitions *provisionnelles* ou *provisoires* (*op. cit.*, n° 335, p. 408). *Adde* : Stoop, *op. cit.* Introduction, p. 1).

(nous devons justement en préciser, dans une formule, le vrai sens), notre définition sera, en même temps, apparentée à la définition nominale : c'est qu'elle tentera de fixer le *sens idéal et particulier* (1) d'un mot, sens qui, à cause de cet emploi impropre, avait fini par être fluctuant et vague. Notre définition constituera donc aussi *un instrument de réadaptation d'un mot*, dont l'imprécision est choquante, à *un ensemble originaire précis* de manière à lui correspondre exactement et scientifiquement, pour retrouver sa pureté essentielle, absolument nécessaire.

A la suite de cette succincte analyse, on peut se rendre compte de la parfaite harmonie régnant entre les deux passages de M. Geny, d'une part, et notre solution, de l'autre.

§ 5. — L'IDÉE DU DROIT

ET LES AVANTAGES DE LA DÉFINITION IDÉOLOGIQUE.

42. — Une fois l'apparence de contradiction dissipée, l'entente établie dans la collaboration et donc la solution de la question préjudicielle consolidée, la réponse à notre première question principale (2) se trouve donnée d'elle-même : *notre définition devant être une définition d'idée, le défini en sera justement une, à savoir l'idée du droit*. Et c'est justement cette

1. V. Lefebvre, *op. cit.*, p. 118. L'auteur distingue : le sens *étymologique*, le sens *particulier* et le sens *communément reçu* d'un mot.

2. V. *supra*, p. 82.

idée qui constituera la liaison suprême des éléments de la définition proprement dite.

Il nous reste à examiner la deuxième question principale : la signification générale de la définition.

Mais, avant de chercher sa résolution, nous étudierons les avantages que notre solution de la question préjudicielle présente. Nous serons amené, par là, à répondre à cette seconde question principale, d'une manière analogue à la première, c'est-à-dire d'une manière indirecte mais immédiate.

Nous avons vu que notre définition, en tant que définition idéologique, présentera des caractères appartenant aux deux définitions distinguées, nominale et réelle, étant issue de la collaboration de leurs domaines méthodologiques respectifs d'investigation. L'avantage pratique de notre solution, tenant à cette collaboration même, est vite aperçu : notre définition empruntera aux deux autres ce qu'elles ont de plus positif dans leurs modes de formation et par suite dans la certitude qu'elles inspirent.

En pure logique (1), la définition nominale est *arbitraire et conventionnelle*, car, dans cette définition, la connotation commande la dénotation (2) : elle ne pourrait donc être ni contestée, ni démontrée, mais pourra être prise en considération comme principe (3). La définition réelle, étant au contraire

1. V. Goblot, *op. cit.*, p. 133. Voir aussi Janet, *op. cit.*, p. 405.

2. V. Goblot, *op. cit.*, chap. III, *Logique du concept. Extension et compréhension*, n° 65, p. 102. « Tout nom dénote un sujet ou des sujets et connote les qualités appartenant à ces sujets. »

3. V. Janet, *op. cit.*, *loc. cit*

déterminée par un ensemble de choses, constitue donc une vérité, car ici la dénotation commande la connotation : elle devra donc être démontrée et pourra être contestée. — Quant à notre définition, la définition d'idée ou définition idéologique, elle constituera — se plaçant entre les deux autres — une *vérité idéale, qui tout en demandant à être démontrée, ne pourra pas être contestée comme telle, c'est-à-dire comme principe* (1).

On aperçoit l'énorme avantage d'une telle définition : elle aura une double force de conviction et de persuasion : celle de la démonstration en ce qui concerne sa vérité, celle de l'évidence (2) immé-

1. V. Janet, *op. cit.*, p. 369-374. Nous nous contenterons de retenir quelques passages caractéristiques : « Ainsi, lorsqu'on soutient, avec la plupart des logiciens, que l'idée n'est ni vraie, ni fausse, cela veut dire que nous n'affirmons rien autre chose en la concevant, si ce n'est qu'elle est ce que nous la concevons (p. 370)... La plus noble propriété des idées est que leur objet est une *vérité éternelle*... De là, suit encore que les idées ne regardent pas la vérité qu'elles représentent comme contingente, c'est-à-dire comme pouvant être et n'être pas, et que, par conséquent, elles la regardent comme éternelle et *absolument immuable* (p. 373)... Nous disons que, logiquement, on ne peut raisonner, démontrer quelque chose qu'en s'appuyant sur des idées fixes et déterminées, et qui expriment par conséquent quelque chose d'absolu et d'éternel. Ainsi, comment saurais-je si les hommes doivent être gouvernés par la force ou par la raison, si je ne pars pas d'une idée certaine et fixe, qui sera la *vérité de l'homme*, par exemple, que c'est « une substance intelligente, créée pour vivre dans un corps » (Bossuet, cité p. 374).

2. M. Stoop, qui fonde l'exposé entier de son ouvrage précité sur l'autorité de l'évidence, en parle dans ces termes, dans le paragraphe sur la méthode à suivre pour résoudre le problème du droit : « En effet, comme je l'ai déjà dit, je ne veux appuyer mon raisonnement que sur ce qui me paraît être d'une évidence parfaite, parce qu'en science, on ne peut pas atteindre à un degré

diate (1) en ce qui touche son idéalité. C'est que dans cette définition, connotation et dénotation se commandent réciproquement et successivement, de manière à établir l'équilibre entre l'arbitraire et le déterminé, la qualité créant le sujet et le sujet réalisant la qualité, l'idéal imposant au réel et le réel consacrant l'idéal.

Mais un autre avantage de notre solution se fait jour, dans l'ordre des préoccupations techniques : c'est qu'elle explique et justifie l'allure « en cascade », sous laquelle la définition du droit nous a ci-dessus paru — d'une manière plus ou moins empirique — devoir se présenter (2).

En effet, nous verrons que cette allure caractéristique est imposée par la nature idéologique du défini. Autrement dit, cette allure caractéristique — loin d'être arbitraire — est la conséquence logiquement nécessaire du fait que le défini est une idée.

43. — Pour nous faire bien comprendre, il faudra que nous analysions, un peu, la signification de ces termes, qui sont la *notion*, le *concept* et l'*idée* (3). Car on en parle souvent, sans y faire aucune distinction et en les employant comme synonymes les uns des autres ; et même quand une distinction est

de valeur objective plus élevé que l'évidence. Car elle seule n'a pas à être prouvée, parce qu'elle se prouve elle-même par le fait qu'un homme d'intelligence normale ne peut pas ne pas la reconnaître » (*op. cit.*, par. VI, p. 86).

1. V. Janet, *op. cit.*, p. 354.

2. V. *supra*, n° 34, *in fine*.

3. V. Geny, *op. cit.*, I, n° 50, p. 147.

esquissée, elle reste confuse, si elle ne se dissipe à la première occasion, avec la rapidité d'une chose sans consistance. Et peut-être que la pratique ne se trompe pas entièrement, en ce qui concerne les deux premiers termes, car la distinction y est difficile à faire. Il nous semble pourtant quelle peut et doit être faite, pour que la lumière pénètre là où l'obscurité fait régner la confusion ou laisse, tout au moins, naître le doute. C'est ainsi que le terme « concept » nous semble avoir plutôt un aspect et une signification psychologique, relatives à la formation intellectuelle, tandis que le terme « notion » s'applique plutôt aux résultats de cette formation, plus précisément à leur désignation rationnelle, c'est-à-dire qu'il nous semble plutôt présenter un sens logique.

Mais quelle que soit la différence dans les domaines d'application des deux premiers termes, quant au troisième — celui de l'« idée » — il doit être nettement distingué, tant du concept que de la notion. Et puisque on parle couramment de la « logique du concept » (1), nous devons nous hâter de le distinguer surtout du premier (2), comme synonyme du second.

Cette fois, la distinction doit être faite sur le terrain de l'analyse *logique*, car c'est sur ce terrain

1, V. Goblots, *op. cit.*, chap. II, *Logique du concept*.

2. Cf. Goblots, *Le concept et l'idée*, article paru dans *Scientia*, année 1912, tome XI, p. 101-114. — Adde: J. Chevalier, *Le concept et l'idée*, dans *Mélanges Hauriou*, p. 111 et suiv.

qu'elle trouve son explication constitutionnelle; on comprend donc ainsi qu'en la précisant, nous serons à même de justifier — avec la compétence nécessaire — la possibilité *logique* de la définition « en cascade ».

44. — En effet, cette distinction se traduit ou mieux est imposée par une autre distinction à faire entre deux notions d'usage logique : celle de *connotation* et celle de *compréhension*, habituellement considérées comme deux notions synonymes.

C'est à M. Goblots, à la suite de Keynes, que revient l'honneur d'avoir attiré l'attention sur la différence de leur signification. Seulement, tandis que Keynes assimilait cette différence à celle faite entre la définition et la description (1), M. Goblots — tout en ménageant cette assimilation (2) qui ne cadre pas avec la position qu'il prendra sur la distinction faite entre la définition et la description (3) — établit

1. « Keynes propose de donner des sens différents aux mots *connotation* et *compréhension*, qu'on emploie à peu près indistinctement. La compréhension d'un terme serait l'ensemble de toutes les qualités, connues ou inconnues, qui peuvent être attribuées à ce terme dans un jugement vrai. On appellerait connotation, conformément à l'usage de Mill, non pas tout ce qui peut être dit universellement des sujets que le terme dénote, mais seulement les qualités propres à le définir, les caractères qui font ranger l'individu dans la classe, et décident de la convenance ou non-convenance du nom. Si d'autres qualités sont constamment liées aux caractères sans être comprises dans la définition, elles appartiennent à la compréhension, non à la connotation » Goblots, *Logique*, p. 108).

2. V. la note 1 de la page suivante.

3. V. *supra*, n° 28 de notre étude, l'exposé de cette position. D'après M. Goblots, on ne décrit que des sujets singuliers qui n'ont pas de compréhension.

— après des considérations fort intéressantes, sur lesquelles nous allons revenir dans un instant — un parallélisme de contenu, progressivement ou régressivement proportionnel entre l'extension et la compréhension de notions se succédant sur l'échelle hiérarchique d'une classification, et inversement proportionnel entre leurs compréhensions et leurs connotations respectives (1).

L'affirmation de ce parallélisme, — qui constitue, avec les considérations qui vont suivre, la contribution et l'apport nouveau de l'auteur dans cet ordre d'idées — suppose l'attribution d'une com-

1. « On dit communément que la compréhension des concepts est en raison inverse de leur extension. Cela est vrai de leur *connotation* ou définition... Si l'on imagine une classification hiérarchique, embrassant la totalité des êtres, ses concepts inférieurs, les *dernières espèces*, aussi rapprochées que possible des individus, auront, avec la plus petite extension, la connotation la plus riche, et c'est leur détail qui est l'objet de tout le savoir humain ; son concept supérieur, le *genre suprême*, sera l'idée abstraite d'*Être*, le plus étendu, mais le plus pauvre de tous les concepts, si vide que, selon certains métaphysiciens, il est indiscernable de son contraire, et que rien ne différencie l'être pur et le pur néant. Mais, si la compréhension est entendue au sens que nous avons défini, et si, comme nous l'avons vu, les déterminations des espèces sont déjà contenues à titre de *variables* parmi les qualités des genres, la compréhension croît et décroît en même temps que l'extension. Chaque fois qu'on monte un degré de l'échelle des genres, le terme plus général, attribuable à de nouveaux sujets, exclut de sa *connotation* les caractères différentiels de ses sujets, et en admet dans sa *compréhension* toutes les propriétés. Le genre suprême a donc en même temps que l'extension la plus vaste, la compréhension la plus riche. Ce n'est plus le concept abstrait et vide de l'*Être pur*, c'est l'*Idée* de la réalité totale, l'*Idée de l'Univers*, embrassant le détail infini des choses, objet ultime, fin suprême et d'ailleurs certainement inaccessible de la science humaine » (Goblot, *op. cit.*, n° 72, p. 114-115).

préhension à chaque notion ayant une extension dépassant l'individuel, c'est-à-dire ayant un degré quelconque de généralité. C'est cette généralité que la compréhension a justement pour mission de représenter, par l'indétermination qui la caractérise (1). Seulement, d'après M. Goblot, cette indétermination « n'est pas pure négation, elle est la *possibilité* de différences spécifiques déterminées », le nombre et les caractères des espèces n'étant pas arbitraires, mais au contraire conditionnés par les caractères du genre, car : « c'est une propriété positive du genre de comporter telles ou telles espèces ». Et M. Goblot va même plus loin en affirmant que : « La propriété de l'espèce n'est pas un attribut nouveau, qui s'ajoute aux attributs du genre ; elle se trouve déjà au nombre des attributs du genre, seulement elle s'y trouve à titre de *variable*. Passer du genre à l'espèce, c'est s'arrêter à considérer quelque valeur de cette variable à cause de l'intérêt momentané qu'elle peut présenter. Pour obtenir l'espèce en partant du genre, il n'y a rien à ajouter, il y a au contraire à retrancher » (2).

Abandonnant, pour le moment, ces considérations qui nous seront d'un grand appui dans la justification de l'allure de notre définition, nous pouvons conclure, en ce qui concerne les termes de

1. « Il y a, dans la compréhension du terme général, une indétermination qui fait précisément sa généralité. C'est l'absence de certains attributs qui rend possible sa différenciation en espèces et l'infinie diversité des individus. » (*Idem*, n° 70, p. 110).

2. Goblot, *op. cit.*, n° 69, p. 110.

connotation et de *compréhension* à leur diversité évidente de sens et d'usage. Et même nous pourrions ajouter que cette diversité correspond aux deux aspects différents qu'une notion peut présenter, selon qu'elle est envisagée à un point de vue statique ou dynamique (1), aspects qui imposent la distinction à faire entre le *concept* et l'*idée*. Car ces deux derniers termes — concept et idée — qui se distinguent, à première vue, surtout par les états d'inertie et de mouvement, qu'ils éveillent dans notre esprit, désignent et représentent, respectivement, les deux faces ou aspects d'une même notion.

En effet, toute notion peut être considérée dans ce qu'elle a de particulièrement spécifique (2), c'est-à-dire dans ses éléments fixes, hiératiques ou immuables, — et c'est alors aux *qualités extrinsèques* ou à sa *connotation* que nous ferons appel pour la reconnaître (3), de même qu'elle peut être considérée dans ce qu'elle a de particulièrement générique (4), c'est-à-dire dans ses directives, ses possibilités et ses modalités qu'elle contient en puissance, — et c'est alors aux *caractères intrinsèques* ou à sa *compréhension* (5) que nous devons

1. V. au n° 19 de notre étude, les points de vues pareils, desquels la définition du droit peut être envisagée ; nous nous sommes prononcé alors pour la définition dynamique.

2. et 3. Comp. la distinction faite par Lefebvre (*op. cit.*, n° 15, p. 49) entre la *notion spécifique* « représentant l'essence toute entière qui se retrouve la même en plusieurs individus » et la *notion générique*, représentant la partie de l'essence commune à plusieurs classes d'individus, à plusieurs espèces ».

4 et 5. Cf. la distinction faite entre les définitions extrinsèques et intrinsèques, n° 17 de notre étude.

faire appel pour la connaître, la comprendre et l'exprimer. Dans le premier cas nous aurons à considérer un concept, dans le second cas nous envisagerons une idée. Car le concept représentera l'aspect *intellectuel* d'une notion dont l'idée constituera l'aspect *philosophique*. Quant aux deux termes de connotation et de compréhension, ils seront donc symétriques et équivalents par rapport à la notion identique qu'ils représentent, et, en conséquence, ils pourront se remplacer réciproquement, dans leurs emplois formels, dès que le point de vue changera.

45. — Une fois ces distinctions établies, nous croyons pouvoir affirmer qu'on peut définir l'idée, tout aussi bien que le concept, avec cette différence seulement, que, dans le premier cas, on analysera la compréhension de la notion à définir — ce qui aura des répercussions, comme nous allons le voir, sur l'allure de la définition — tandis que, dans le second cas, on se tiendra strictement à l'analyse de sa connotation (1).

1. On pourrait dire — d'après la suite de certains passages — que M. Goblot pense de même. En effet, après avoir convenu — à la page 115 — « de donner un sens différent aux mots *connotation* et *compréhension* » et « à ne plus se servir du même mot *concept* pour désigner des choses si différentes » comme « la notion abstraite » et « la notion riche », M. Goblot affirme à la page 117 — c'est-à-dire deux pages seulement plus loin — que « la définition proprement dite, est une analyse de la *connotation* ou *compréhension* du défini. Et même, quelques lignes plus loin il ajoute, les analysant :... « la connotation ou la compréhén-

En effet, si on considère une notion quelconque appartenant, comme espèce, à une classification et si on suppose, en même temps, qu'elle constitue le premier terme d'une autre classification hiérarchique qui l'analyse (1) — ce qui est justement le cas de la notion du droit — il faudra, pour la définir, faire appel à son genre prochain, contenu dans la première classification, et à sa différence spécifique, exprimée par la qualité spécifique de sa connotation. Mais — la notion étant envisagée comme idée — cette qualité de la notion-espèce pourra être remplacée — comme nous l'avons vu — par les caractères de la notion-genre. Seulement ces caractères seront exprimés — à cause de l'imprécision foncière de la compréhension (2) — par des *variables* (3), contenant *virtuellement* (4) toutes les différences spécifiques des espèces de cette notion. Cela ne compromettra d'ailleurs pas le ca-

sion, *dans tous les sens de ce mot...* » Seulement on doit faire toutes les réserves sur les intentions de l'auteur, vu ce que nous avons dit à la page 99, à propos du passage cité dans la note 1.

1. Si, en d'autres termes, nous considérons deux classifications se déroulant sur deux plans différents mais concurrents, ayant à leur intersection un élément commun : notre notion.

2. V. p. 99 de notre exposé, texte et note 1. Adde aussi Goblot, *op. cit.*, p. 113-114. D'après M. Goblot « la généralité ne résulte pas de l'absence d'un caractère dans le concept, mais de son indétermination; cette indétermination (que réserve le silence de la définition) est dans la compréhension du concept, la possibilité de telles et telles déterminations, et la possibilité *conditionnelle*, c'est-à-dire les conditions positives et définies de chacune de ces déterminations possibles ».

3. *Idem*, p. 100 et note 1.

4. V. Goblot, *op. cit.*, n° 71, p. 113.

ractère de *spécificité* du second élément logique de la définition proprement dite, car c'est justement ces différences spécifiques subsidiaires ou mieux l'expression de leurs *possibilités* par les dites variables, ou conditions positives, qui constituera le *spécifique* de la notion envisagée comme idée, ces différences n'étant pas arbitraires, mais imposées par le caractère du genre (1). Seulement, dans ce cas, au lieu d'avoir un seul terme pour la différence spécifique, la définition en aura plusieurs, hiérarchiquement ordonnés dans la composition de sa formule.

46. — Si maintenant, après avoir démontré la possibilité théorique de définir une idée et constaté l'aspect particulier qu'une telle définition présente, nous retournons à la définition de l'idée du droit, nous pourrons, d'une part, ajouter que, cette idée étant de par sa nature d'ordre téléologique (2) et la finalité — qui comporte trois termes : 1^o cause initiale, 2^o moyen, 3^o fin (3) — n'étant pas la con-

1. V. p. 100, la citation de M. Goblot.

2. « ... La science juridique est d'ordre essentiellement théologique, elle est dominée de bout en bout par le concept du but... » (L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, p. 1 de l'introduction).

3. « Par finalité on entend d'ordinaire un rapport entre deux termes, le moyen et la fin. La fin semble être la raison du moyen, soit que l'effet paraisse nécessaire à l'explication de sa propre cause, soit que le tout rend compte de l'existence et de l'arrangement de ses parties. En réalité, la finalité comporte trois termes : la cause initiale, le moyen (ou bien la série ou le complexe des moyens) et la fin. » (Goblot, *op. cit.*, chap. XV, *Le raisonnement téléologique. — La finalité*, n^o 219, p. 337).

formité à l'idée, mais l'idée elle-même (1), la formule de la définition de l'idée du droit sera en conséquence une formule composée, ayant à exprimer les termes qui constituent la finalité (2).

1. V. O. Hamelin, *Essai sur les éléments principaux de la représentation*, cité dans Goblot, *op cit.*, p. 335. D'après M. Hamelin, la finalité c'est : « la rationalité complète de l'objet, ou du moins de ce qui sera tout prêt à se réaliser comme objet ; mieux encore, c'est l'objet possible se conférant la rationalité complète » (cit. par Goblot, *loc. cit.*). De même : « La finalité n'est pas la conformité à l'idée : elle est l'idée, pourvu que, comprenant bien l'idée au degré où elle est prise ici, on se rende compte que c'est une organisation qui s'invente elle-même, un plan qui se dresse lui-même ».

2. Comparer la définition du droit (par ses préceptes) donnée par les Institutes et par Ulpien (lib. I *regularum* D. I, I, *De iustitia et iure*, io, I) : « *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. A ce sujet, M. Senn (*Les origines de la notion de jurisprudence*, p. 26-27, note 2 et *De la justice et du droit*, p. 41, 44 et 41, note 1), cite la doctrine de Speusippe, successeur de Platon, d'après laquelle la définition, qui commencera souvent par l'indication des caractères généraux pour aboutir progressivement à l'énoncé du caractère particulier et l'objet à définir (« *definitio est sermo ex genere et differentia compositus* », traduction latine de l'éditeur), peut parfois se présenter, non sous la forme d'une seule proposition aux incidences multiples, mais sous la forme d'une énumération descriptive et progressive des caractères d'abord généraux, pour terminer par l'énoncé du caractère particulier. En conséquence M. Senn voit dans le premier précepte : *honeste vivere*, l'indication du caractère général du droit, signifiant que celui-ci n'est qu'une partie de la morale et, dans le dernier, l'indication de l'objet particulier du droit, à savoir *suum cuique tribuere*. Quant au second précepte : *alterum non laedere*, « écho de l'enseignement stoïcien proclamant que la justice est une vertu tout entière relative à autrui », M. Senn n'en dit pas davantage ; ce qui n'est pas une explication suffisante. Nous croyons que cette forme, sous laquelle la définition du droit est envisagée par les romains, à savoir la suite de ces trois préceptes, correspond et traduit le caractère téléologique de la définition de l'idée du droit, tout en ne se rattachant et n'appliquant pas les règles logiques de la définition ordinaire. Ainsi le premier précepte

D'autre part, nous pouvons préciser, après ce que nous avons établi, que les termes de la compréhension de l'idée du droit — en tant que variables indiquant (par l'introduction de certaines valeurs appartenant aux plans sur lesquels cette idée se réalise) ses diverses manifestations — représenteront les possibilités de créations que cette idée contient en elle-même, c'est-à-dire des éléments qui, loin de s'exclure, s'accordent et se complètent dans une juxtaposition téléologique.

47. — De sorte que, si nous nous rapportons à ce que nous avons dit précédemment sur la composition technique de la définition expressive du droit (1), et si nous envisageons la formule à laquelle nous nous étions arrêtés, à la lumière des conclusions auxquelles nous sommes maintenant arrivés, nous pouvons, du même coup, conclure :

a) A la nécessité, pleinement justifiée, de l'allure « en cascade » que la définition du droit présente et, présentera, parce que, et justement en tant que, sa formule définit une idée ;

honeste vivere indique la *cause*, le second : « *alterum non laedere* », le *moyen*, et le troisième « *suum cuique tribue* » la *fin*, le *but* de l'idée du droit. Mais, comme les trois propositions sont des préceptes, les *préceptes du droit*, dans une égale mesure, on ne peut pas distinguer parmi eux ceux qui indiqueraient le genre dont le droit n'est qu'une partie et ceux qui constitueraient le domaine propre du droit. Nous croyons donc que, quant à leur contenu, ces trois préceptes doivent être interprétés d'une autre manière que nous aurons l'occasion de préciser plus loin. V. *infra*, n° 104.

1. V. *supra*, n° 34.

b) A la possibilité d'écarter l'objection que M. Stoop oppose à la notion générale du droit et par suite à la définition unique, objection que nous avons rappelée en temps utile (1), et qui tombe d'elle-même, si le défini est une idée et si les termes de la définition proprement dite sont — dans la partie qui se réfère à ses modalités — des variables traduisant les caractères de sa compréhension par rapport à ses plans de réalisation.

Ce second point constitue, du reste, la conception qu'accepte aussi, implicitement — sans y insister et mettre en doute son fondement logique ou chercher ses conséquences techniques sur la formule de la définition — M. Lévy-Ullmann, Ayant entrepris la recherche de la définition unique du droit et le définissant intuitivement à l'aide de l'*opération de l'esprit* qui constitue, d'après lui, le moment substantiel de l'*idée du droit* (2), notre maître croit pouvoir dominer, dans la formule unique qu'il donne, les différents « points de vue » du droit (positif, idéal et scientifique), points de vue qui s'individualisent par l'introduction, dans cette formule, de différentes valeurs demandées par les circonstances envisagées (3). C'est ainsi qu'après avoir donné cette définition provisoire :

« Le droit c'est la délimitation de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire sans encourir une

1. V. 80 de notre étude.

2. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, chap. II, p. 141-142.

3. *Idem*, p. 153.

condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force » (1), notre maître obtient, en y introduisant certaines valeurs d'ordre matériel (« formule », « époque », « société ») ou d'ordre rationnel (« raison », « conscience », « principes »), la définition du droit positif : « La délimitation, *au moyen de formules écrites ou non écrites*, de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire, sans encourir les sanctions ci-dessus définies, *à une époque donnée. pour une société déterminée* » et la définition du droit idéal : « La délimitation *s'effectuant dans la raison ou la conscience, sous l'empire des principes supérieurs* dont s'inspirent les règles du droit » (2).

On voit donc que nos conclusions — tout au moins dans leurs lignes générales — sont en harmonie et défendent la position initiale sur laquelle M. Lévy-Ullmann érigea sa construction : la possibilité d'une définition unique du droit.

Nous croyons avoir suffisamment montré que l'aspect propre du domaine du droit ne rend pas impossible une telle définition et n'influe pas nécessairement sur l'ensemble de cette définition de manière à la multiplier : il agit seulement sur le nombre de ses éléments caractéristiques, de manière à lui rendre, par son allure composite et particulière, la possibilité de traduire ses diverses manifesta-

1. *Idem*, p. 152.

2. *Idem*, p. 153.

tions(1). Notre analyse du défini, qui nous a conduit à le considérer comme devant exprimer l'idée du droit, consolide et complète ces affirmations, en précisant le caractère et la nature de la liaison — nécessaire — qui existe entre les éléments d'une telle définition unique, en tant que définition *expressive*, et en justifiant, d'un point de vue logique, le cachet particulier de sa composition technique.

§ 6. — LA DÉFINITION EXPRESSIVE DU DROIT
DÉFINITION PHILOSOPHIQUE.

48. — Et maintenant, les avantages de la solution que nous avons donnée à la question préjudicielle se trouvant examinés, la réponse à notre seconde question principale(2) va immédiatement apparaître.

Nous avons vu que la définition expressive du droit est une définition de nature idéologique, c'est-à-dire une définition dans laquelle la notion à définir est envisagée sous l'aspect philosophique(3) d'une idée : *l'idée du droit*. Or la condition générale de toute définition est : « que le défini et la définition aient même extension, c'est-à-dire soient attributs des mêmes jugements virtuels. »

Il en résulte que cette définition constituera *un principe* (4).

Nous rencontrons ainsi sur d'autres chemins, rencontre significative et edificatrice, la conclusion à

1. V. *Supra*, n° 34 de notre étude.

2. *Idem*, n° 37.

3. *Idem*, n° 38.

4. V. p. 95.

laquelle nous étions arrivés plus haut, en analysant la qualification d' « expressive » donnée à notre définition (1), et dans laquelle nous constatons le caractère de *règle générale*, de *règle de principe* que cette définition doit avoir et doit présenter. Laissant s'établir la liaison naturelle entre ces deux passages de notre étude, nous répondrons que notre définition expressive du droit *exprimera le principe directeur et général* de celui-ci (2), *sa vérité permanente et universelle* (3), et, qu'en conséquence, *elle constituera*

1. *Idem*, n° 22. V. aussi p. 95.

2. Sur ce point, voir dans Beudant, *Le droit individuel de l'Etat*, le par. III (du chap. I); sur *Le principe du droit*. L'auteur déclare catégoriquement que « la notion de principes dirigeants s'impose comme nécessaire... les mots ne sont pas des idées; ils peuvent n'être que l'expression d'un sentiment, ou même seulement d'un désir. Il faut nécessairement aller plus loin; qu'y a-t-il en réalité dans l'idéal entrevu et cherché, où sont et quels sont les éléments de l'ordre naturel? Là est le problème fondamental, où il faut toujours finir par arriver, car tout en dépend » (p. 35-36). Il faut de plus, observer que ces lignes font suite au par. II du même chapitre, paragraphe intitulé : « Quelques définitions » et dans lequel l'auteur fait une large place à l'étude des diverses acceptions du mot droit (p. 21-26). Voir aussi Bonnecase, *La notion du droit*, chap. IV. M. Bonnecase, analysant les courants actuels de la philosophie du droit français et examinant l'avenir de cette notion, se prononce pour la solution métaphysique, comme étant la seule qui permette de résoudre le problème du droit. Sans partager entièrement les vues de M. Bonnecase, nous observons et retenons son penchant pour l'idéalisme juridique, qui le fait se rallier à la notion du droit considérée comme principe directeur.

3. P. Janet (*op. cit.*, chap. III, n° 310, p. 372-373), commentant l'une des propriétés logiques que Bossuet attribue à l'idée universelle, à savoir celle qui est « la plus noble » et qui consiste en ce que « leur objet est une vérité éternelle », ajoute : « ... les idées ne regardent pas la vérité qu'elles représentent comme contingente, c'est-à-dire comme pouvant être et n'être pas, et... par conséquent, elles la regardent comme éternelle et absolument immuable ».

une définition philosophique, en tant que la philosophie est « la recherche des idées générales ou des principes » (1)— *une définition appartenant à la philosophie juridique !*

Il nous reste à la trouver !

1. V. P. Janet, *op. cit.*, Introduction, p. 2. Beudant (*op. cit.*, *loc. cit.*) trouve de même que : « le philosophe cherche l'idée qui dirige l'effort de l'homme vers l'accomplissement de sa destinée. »

DEUXIÈME PARTIE

FORMULE DE LA DÉFINITION EXPRESSIVE DU DROIT

« Le contenu de tout droit consiste dans un bien. Toute définition du droit, qui ne partirait pas de l'idée du bien, pêcherait par la base. »

SALEILLES.

« L'homme s'élève au-dessus de la terre sur deux ailes, la simplicité et la pureté... Un cœur pur pénètre le ciel et l'enfer. »

Imitation de Jésus-Christ.

(Livre II, Chap. IV, De la pureté d'esprit et de la droiture d'intention).

49. — Dans l'élaboration de la définition expressive du droit, nous serons guidé par une seule idée, à savoir par celle qui conçoit le droit comme un bien, comme le seul bien qui, — échappé à la dépréciation des valeurs morales — peut rallumer la flamme de ce qui constitue toute la valeur humaine : *la conscience*.

Et si on nous objectait que, par cette manière de voir, nous touchons de trop près à la philosophie, nous invoquerons l'autorité de Portalis, qui, en

réponse aux critiques semblables de Beriat de Saint-Prix, remarquait que, pour être philosophe en jurisprudence, on ne cesse pas d'être jurisconsulte, ou mieux qu'à vraiment parler l'on n'est jurisconsulte qu'à la condition d'être en même temps philosophe.

TITRE PREMIER

L'essence du droit.

CHAPITRE PREMIER

L'ESSENCE PROPREMENT DITE DU DROIT

« La civilisation a commencé le jour
où l'esprit a conçu la nécessité de dis-
cipliner l'activité privée pour la con-
former à un ordre raisonné... de recon-
naître une autorité...

Charles BEUDANT.
(*Le droit individuel et l'Etat*).

SECTION I

Considérations générales.

§ 1. Caractère technique de l'élément exprimant l'essence du droit. — § 2. Les deux aspects originaux du droit. Le droit objectif et le droit subjectif.

§ 1. — CARACTÈRE TECHNIQUE DE L'ÉLÉMENT EXPRIMANT L'ESSENCE DU DROIT.

50. — Nous nous sommes expliqué ci-dessus (1)
sur le sens de la définition expressive du droit, défini-
tion qui, par certains côtés, emprunte les carac-

1. V. ci-dessus, n° 15.

tères fondamentaux de la définition essentielle, de la définition qui exprime *l'essence*, la vérité profonde de la notion définie.

Nous avons vu (1) que cette vérité essentielle et profonde, c'est-à-dire l'essence *lato sensu* du droit, se décompose dans deux éléments, à savoir : a) *l'essence proprement dite*, et b) *le fondement* de cette notion. Nous avons même précisé alors que ce dédoublement — à part son aspect proprement juridique et par suite nécessaire dans notre cas —, est strictement logique. En effet, l'essence, au point de vue logique, se compose « du genre et des différences » (2), car « dans l'essence même, il y a deux choses à considérer : il y a une partie plus générale qui appartient non seulement à plusieurs individus, mais à plusieurs classes d'individus et il y a une partie moins générale, qui limite la première et la restreint à une catégorie d'êtres individuels » (3); Il s'ensuit donc, que « toute essence peut ainsi se décomposer dans notre pensée en deux parties, et ces deux parties prises ensemble constituent l'essence tout entière » (4).

Le premier élément de notre définition, c'est-à-dire celui exprimant l'essence proprement dite de la notion du droit, élément que nous cherchons à préciser dans ce chapitre, sera donc constitué par le genre prochain de cette notion. Or le genre

1. *Idem*, n° 33.

2. Lalande, *Vocabulaire technique*, au mot *définition*, p. 147.

3. Lefebvre, *op. cit.*, n° 57, p. 119-120.

4. *Ibid.*, n° 15, p. 48.

exprime « la nature d'une chose, l'ensemble de ses qualités, la *matière* dont une chose est faite », tandis que c'est « plutôt » la différence qui exprime sa « forme » (1). Seulement, nous ferons observer que, par la nature des choses, la *matière* sera envisagée sous son aspect *formel*, tandis que c'est la *forme* qui le sera sous un aspect *substantiel*. Cela d'autant plus que, logiquement parlant, ce qui est commun comme matière ne peut être que formel dans la détermination d'une classe et ce qui est spécifique comme contenu, ne peut être que substantiel dans la détermination de l'espèce. C'est du reste, d'après nous, cette contradiction — de nature technique — entre ce qu'on veut exprimer et l'aspect extérieur de l'expression qui, d'une part a conduit M. Lévy-Ullmann à se prononcer pour la définition formelle du droit, et qui, d'autre part, a rendu possible cette rencontre inattendue entre les définitions de notre maître et de M. Bunge, définitions qui — bien que données à des points de vue différents — emploient le même substantif, de « délimitation », l'une pour exprimer la forme ou les procédés du droit, l'autre pour exprimer son objet ou son contenu (2).

1. Fornel de la Laurencie, *op. cit.*, p. 18. L'auteur ajoute : « Le genre auquel s'applique l'espèce, c'est le genre prochain qui est comme l'étoffe dans laquelle on a taillé l'espèce ».

2. Pour la définition de M. Lévy-Ullmann, voir ci-dessus, n° 4, *in fine*, et *op. cit.*, p. 127-129 et 140-142. Pour la définition de M. Bunge, voir ci-dessus, p. 74, note 1 et *op. cit.*, chap. IX, p. 44. p. 205-206. M. Bunge définit le droit — à la suite de M. Korkounov, cité aussi par notre maître — comme ayant « pour résultat ou objet, la *délimitation* des intérêts humains ».

51. — Une fois le caractère technique de l'essence déterminé, nous devons tenir compte de ce que « la définition ne saurait être claire si le concept du genre ne l'est pas », et de ce que « la clarté d'un concept exige qu'il soit non seulement défini, mais classé ». (1) De sorte que nous ne pourrions pas choisir arbitrairement le genre supérieur, mais au contraire nous devons prendre garde à ce qu'il soit un genre *prochain*, c'est-à-dire un genre faisant partie d'une classification dont la notion à définir est une espèce située immédiatement au-dessous de lui dans l'échelle hiérarchique des espèces. Car « la clarté de la définition se rapporte à l'extension du défini », un concept n'étant clair que quand il contient en lui la notion des expériences ou des opérations logiques qui permettent de reconnaître les sujets qu'il dénote (2).

1. Goblot, *op. cit.*, n° 91 p. 142.

2. *Ibid.*, p. 122 n° 78. M. Goblot continue ainsi : « C'est une grave faute de logique que de définir *obscurum per obscurius* ; c'est ce qui arrive, quand pour savoir si une définition convient au sujet donné il faut savoir déjà si le défini lui convient. On ne saurait définir l'acte vertueux l'acte qui mérite récompense, car, la récompense étant un certain rapport de causalité et de proportion entre la vertu et le bonheur, on ne saurait dire si un acte mérite récompense tant qu'on ignore s'il est vertueux. On ne saurait définir le *devoir* par le *droit* ni le *droit* par le *devoir*, car droit et devoir étant comme dette et créance une seule et même relation, qui est devoir ou dette pour l'agent, droit au créance pour l'agi, on ne peut savoir ou ignorer si une action est un devoir pour l'un, si l'on ignore ou si l'on sait qu'elle est un droit pour l'autre et réciproquement. Mais on peut définir le devoir et le droit par la justice, car si on sait qu'une action est juste, elle est un devoir pour l'agent et un droit pour l'agi... Quand on a besoin d'un concept pour en construire un autre,

Pour trouver l'essence du droit, nous chercherons donc la classification à laquelle cette notion appartient comme espèce, c'est-à-dire nous éviterons la méthode qui consiste à présenter les éléments constitutifs de l'essence, tels qu'ils se manifestent dans l'ordre physique et concret, méthode qui ne convient pas à l'établissement d'une définition idéologique (1). Car, s' « il est souvent avantageux de définir par des caractères extérieurs et facilement saisissables... les caractères faciles à saisir intéressent le technicien, tandis que ce sont les caractères rigoureusement différentiels qui regardent seuls le logicien » (2) ; et nous avons vu que nous nous sommes placé à un point de vue appartenant à la philosophie, et non pas seulement à la technique juridique. Et d'autre part, il arrive souvent, que le signe le plus apparent, tout en gardant une grande valeur pratique, n'ait pas de valeur théorique, ne soit pas vraiment un caractère, car « le plus clair n'est pas le plus apparent, mais souvent le plus caché » (3). Du reste, en procédant de cette manière, nous nous tenons dans les directives que nous nous sommes

celui-ci ne peut servir à définir celui-là. Un grand nombre de discussions philosophiques se ramènent à savoir si une notion est logiquement antérieure ou postérieure à une autre. »

1. Lefebvre, *op. cit.*, n° 57, p. 118. Cet auteur distingue deux sortes de définitions essentielles : a) celles qui se placent dans « l'ordre concret et expliquent l'essence physique de l'objet à définir » : les *définitions physiques*, et b) celles qui se placent « dans l'ordre abstrait et expliquent son essence métaphysique » : les *définitions logiques ou métaphysiques*.

2. Goblot, *op. cit.*, n° 78, p. 123.

3. *Ibid.*, n° 78, p. 123.

imposées ci-dessus en envisagent la définition expressive du droit comme une définition intrinsèque se rapportant à ce qui est interne et caché (1).

§ 2. — LES DEUX ASPECTS ORIGINAIRES DU DROIT :
LE DROIT OBJECTIF ET LE DROIT SUBJECTIF.

52. — Nous devons seulement, avant de passer à la précision de ce premier élément, faire une dernière observation. C'est que parmi les différentes réalisations de l'idée du droit — que nous entendons envisager comme caractéristiques, et que la définition devra traduire, — celles désignées par le droit objectif et le droit subjectif sont, pour le moment, de celles que nous devons choisir d'abord, étant donné qu'elles représentent — à part des réalités distinctes — les deux aspects où les deux points de vue originaires sous lesquels l'idée du droit se conçoit.

En effet, ce sont ces deux manifestations qui, comme nous allons le voir, présentent au plus haut degré de précision et d'abstraction, la matière constitutive — représentée dans la définition par le genre prochain — de l'idée du droit, car elles sont « les deux formes génériques » (2) sous lesquelles cette idée se manifeste. Seulement, pour mettre en valeur leurs significations caractéristiques distinctes, nous devons faire appel à un genre prochain initial composé, de manière à ce que ses deux éléments

1. Voir ci-dessus n° 17 et 19.

2. Bunge, *op. cit.*, p. 230, chap. X.

précisent séparément les deux aspects caractéristiques, distincts et essentiels du droit.

SECTION II

Les termes expriment l'essence du droit.

§ 1. Le plan scientifique et le plan politique. — § 2. Le premier terme du genre prochain de l'idée du droit : le mot *discipline*. — § 3. Le caractère synthétique du mot discipline. — § 4. Critique du substantif « délimitation ». — § 5. La compréhension du mot discipline. — § 6. Le second terme du genre prochain de l'idée du droit.

§ 1. — LE PLAN SCIENTIFIQUE ET LE PLAN POLITIQUE.

53. — Nous avons vu, ou mieux nous avons laissé entrevoir (1), que le droit objectif et le droit subjectif s'affirment respectivement sur les deux plans d'activité humaine : le plan scientifique (doctrinal) et le plan politique (2). Et nous croyons ces affirmations évidentes. D'une part l'objectivité est spécifiquement d'ordre scientifique. D'autre part l'aspect subjectif du droit, qui se traduit par l'affirmation individuelle, est d'ordre essentiellement politique (3), car c'est sur

1. Voir les deux sens de l'expression, « droit objectif », exposés par M. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 49. Nous croyons que les deux points de vue — des civilistes et des publicistes, — peuvent s'harmoniser dans cette notion du *droit scientifique* que M. Lévy-Ullmann emploie plus loin lui-même (p. 126) dans un sens général, car civilistes et publicistes, quand ils parlent du droit objectif, empruntent justement « l'œil de l'observateur », pour construire ce concept.

2. V. *supra*, n° 34, de notre étude.

3. Comparez la définition donnée par Ihering : « le droit c'est la politique de la force », définition qui envisage le droit surtout à un point de vue subjectif.

ce plan qu'il a soutenu ses prétentions et c'est sur ce plan qu'elle a conquis ses positions(1). De même c'est sur ce plan qu'il résiste aux attaques qu'on lui donne et c'est sous la forme de participation, tout au moins idéale et indirectement, au gouvernement (familial, étatique, économique ou social) qu'elle reste irréductible : on ne pourrait pas concevoir une organisation sociale de laquelle les individus — en tant que réalité finale et raison d'être de cette organisation — seraient exclus ou niés — l'utilité générale ou sociale n'étant en dernière analyse qu'une moyenne de la liberté individuelle, la rendant possible et la garantissant comme telle, dans le cadre des conditions sociales, c'est-à-dire des conditions de coexistence et de coopération.

Il s'ensuit que l'idée du droit — envisagée sous ces deux aspects : objectif et subjectif — se place sous des genres communs et identiques à ceux des deux plans — scientifique et politique — sur lesquels elle se réalise. Or, ces genres ont l'avantage d'être aisément connus et surtout d'être reconnus par l'analyse scientifique. Il suffira donc de les préciser pour trouver immédiatement ce qui nous intéresse : les termes exprimant l'essence du droit.

1. En effet, la liberté qui est « le type du droit subjectif » (Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., p. 372 en note) a constitué et constitue l'idéal politique par excellence, l'idéal au nom duquel le droit individuel, qui n'est qu'un aspect du droit subjectif, l'aspect économique, a été affirmé de tous les temps et surtout au xviii^e siècle.

§ 2. — LE PREMIER TERME DU GENRE PROCHAIN
DU DROIT : LE MOT « DISCIPLINE ».

54. — Dans la classification des espèces du mouvement humain (1), la recherche scientifique se place immédiatement sous le genre qui s'exprime dans le terme « discipline ». Celle-ci est un « ensemble de règles tacites ou de règlements écrits, destinés à assurer le bon ordre et la régularité... dans le fonctionnement d'une faculté ou l'accomplissement d'une action » (2). C'est justement le cas de la science qui est un ensemble de connaissances coordonnées (3) acquises, obtenues à l'aide d'un ensemble d'autres connaissances déjà transformées en règles de recherche, et servant à leur tour à en découvrir de nouvelles.

La science est donc avant tout une discipline (4) de l'esprit et c'est aussi le cas du droit (5) qui se

1. L'échelle hiérarchique de la classification se déroule ainsi qu'il suit : *Mouvement*, *activité* (mouvement conscient), *travail* (activité réalisatrice), *discipline* (travail ordonné), *recherche* (discipline spécialisée). Comp. ce passage de Gény (*Science et technique*, t. I, chap. III, n° 22, p. 67-68) : « Tout ce qui contribue à *promouvoir*, à alimenter et à développer la vie sociale de l'humanité, croyance, mœurs, morale, droit politique, langue, science, arts, agriculture, commerce, industrie, etc..., suppose une *activité* des individus qui doit s'élever à la *conscience* d'elle-même, pour, au mieux, remplir le rôle et réaliser sa mission, en d'autres termes, toute *discipline* sociale tend à l'action par la connaissance »

2. V. *Nouveau Larousse illustré*, t. III, au mot *discipline*.

3. V. *Dictionnaire Larousse*.

4. *Nouveau Larousse*, la signification du mot discipline : « science, art, ensemble de connaissances ».

5. Le droit n'est que la recherche de ce qui est juste et injuste, donc une discipline spécialisée (V. note 1 ci-dessus) Comp.

présente justement sous la forme d'une *discipline sociale* imposée (1). Cela d'autant plus que la racine du mot discipline est *discere* qui signifie *apprendre* (2), et que le droit nous apprend justement ce qu'on peut ou ce qu'on doit faire. Du reste, le sens primitif du mot discipline, sens dont tous les autres dérivent, est *instruction* ou *direction morale* (3). Nous verrons plus loin les liens étroits qui existent entre le droit et la direction morale. Néanmoins, pour le moment nous pouvons affirmer — tout en faisant remarquer que d'après M. Le Fur : « la morale et le droit constituent deux disciplines à la fois bien distinctes dans leur but et leur sanction, mais à frontière assez imprécise » (4) — que

la définition du droit dans les *Institutes*, 1.2 : *Jurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia justi atque injusti scientia*.

1. V. Geny, *op. cit.*, I, chapitre III, § 22 : *Caractère normatif du droit envisagé comme discipline sociale*. Conf. la définition donnée par M. Cuq. : « Chez tous les peuples, le droit est une règle des actions humaines, destinée à maintenir l'ordre entre les hommes vivant en société » (*Les institutions juridiques des romains*, éd. 1891, t. I, p. 21). — *Adde* : Delwaide, *La définition du droit*, p. 10. « Le droit est une loi de l'ordre universel qui consacre la direction imprimée par la cause humaine à tout ce qu'elle entraîne dans son développement rationnel. » — Comp. J. Ray, *La structure du Code civil*, p. 250 : « ... le droit n'est pas une discipline spéculative, mais une discipline pratique orientée vers l'action, constituée pour orienter l'action » (3^e partie, ch. V).

2. *Grande Encyclopédie* au mot *discipline*

3. *Grande Encyclopédie*. Voir aussi *Nouveau Larousse illustré* au même mot : « Se dit particulièrement des règles de conduite qui assurent le maintien de bonnes mœurs. » Or le droit a été souvent défini comme un ensemble de règles de conduite Voir les définitions de M. Aubry et Rau et de M. Génay.

4. Le Fur, *Le droit naturel*, p. 26.

l'idée du droit est dans son essence une *direction* (imposée) ou une *discipline*.

55. — Et si nous insistons sur ce que cette discipline est *imposée*, c'est parce qu'il nous faut déterminer et choisir non pas un genre quelconque, mais celui qui dans l'échelle hiérarchique des espèces, se présente comme le plus *proche*, c'est-à-dire comme le *genre prochain* de l'idée du droit. Or, des différentes disciplines que toute vie civilisée, que surtout toute vie en commun nécessite, la discipline civile, à l'exemple de celle religieuse ou militaire, et à l'encontre de celle morale ou scientifique, comporte des règles d'un ordre particulier qui obligent chacun à s'incliner devant les décisions d'où découlent les constitutions politiques, les lois et règlements (1).

§ 3. — LE CARACTÈRE SYNTHÉTIQUE DU MOT DISCIPLINE.

56. — *Discipline imposée*: ce n'est que la traduction substantielle des expressions habituellement choisies pour désigner, plus ou moins consciemment (2), le genre prochain ou l'essence du droit, et qui toutes s'arrêtent à la forme extérieure, sous laquelle l'idée du droit se présente habituellement habillée. « Ensemble de règles de conduite ... » (3) « ... collection de règles obligatoires » « ... listes des com-

1. Duplessix E, *La recherche de la sagesse*, p. 21.

2. Voir l'analyse faite par M. Géný des diverses disciplines, *op. cit.*, p. 45-47, n° 15.

3. Voir note 3, p. précédente.

mandements imposés » (Accarias) « ... Sciences des règles » (Valette) ; « ... ensemble ou plutôt résultat général des dispositions des lois... » (Marcadé) ; « ...ensemble de prescriptions et des règles... » (Boudant) ; « ... ensemble de préceptes réglant la conduite... » (Baudry-Lacantinerie) ; « ... ensemble de préceptes, règle ou lois qui gouvernent... » (Capitant) ; « ... ligne de conduite qui s'impose... » (Duguit) ; « ... somme de principes juridiques appliqués... » (Ihering) ; « ... ensemble de préceptes ou règle de conduite... » (Aubry et Rau) ; « ... de préceptes et de règles » (Falck) ; « ... ensemble de règles... » (Bunoir) ; « ... ensemble de préceptes... » (May) ; « ... ensemble de dispositions... » (Huc) ; « ... ensemble de moyens... » (Charmont)... « détermination des rapports... » (Tanon) : telles sont les expressions (1) qui se répètent et se succèdent dans leur froide et monotone affirmation pour exprimer ce qu'on pourrait plus avantageusement comprendre par les deux mots : *discipline imposée*. C'est contre elles que M. Lévy-Ullmann dresse sa protestation énergique : « Identifier le droit avec les préceptes qui le renferment, et même avec leur « ensemble », c'est confondre le contenu et le contenant, l'idée et l'expression, la pensée et le vêtement de mots dont elle se pare ; c'est confondre le délibéré et le jugement avec la rédaction de la sentence, la discipline avec l'échelle hiérarchique des grades et les règles

1. Voir les définitions citées par M. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*

de subordination par lesquels elle se traduit » (1). Et c'est justement à la suite de cette critique acerbe et acérée, c'est justement après avoir convenu que le droit « s'est le contenu, c'est l'idée, c'est la pensée » (2) que notre maître affirme que le droit est aussi une *discipline*. Pour notre définition, qui envisage l'*idée* du droit et qui veut l'exprimer à l'aide de son contenu, cette affirmation ne peut être qu'un argument de plus et une confirmation éclatante de la convenance du terme choisi par nous pour exprimer l'essence de cette idée. Seulement, du moment que M. Lévy-Ullmann ne s'est pas décidé pour lui, on pourrait douter de son emploi : c'est qu'un autre, meilleur, a pu être trouvé. Nous ne le pensons pas, car nous croyons que celui de *délimitation*, finalement choisi par notre maître, — comme aussi par Korkounov et par Bunge, — ne répond pas à tout ce qu'on peut exiger de lui.

§ 4. — CRITIQUE DU SUBSTANTIF « DÉLIMITATION »

57. — D'abord le substantif « délimitation » explique l'élément *formel* du droit tel qu'il se présente dans l'ordre *physique et concret* ; c'est dire qu'il ne représente pas un genre supérieur, appartenant à la classification dont l'idée du droit serait une espèce immédiatement inférieure, classification que

1. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 65.

2. *Id.*, p. 66.

toute définition logique suppose (1). Ensuite, la délimitation étant un certain « rapport de causalité et de proportion » entre le droit et la liberté, on ne saurait si une action doit être délimitée tant qu'on ignore si elle est conforme ou non au droit. Car, comme le précise très bien M. Goblot, « quand on a besoin d'un concept pour en construire un autre, celui-ci ne peut servir à définir celui-là » (2).

On saisira mieux le sens de ces remarques en nous reportant à l'exemple que notre maître choisit pour faire « comprendre le droit » : l'opération de bornage présidée par un juge de paix. Or le bornage, cet acte matériel, cette délimitation qui trace la ligne idéale séparative, ce procès verbal circonstancié, contenant la désignation des bornes, ne constitue qu'un acte juridique, *déclaratif du droit* : il ne crée pas le droit, *il le constate et le précise*. Le droit a existé avant cette délimitation et c'est lui qui l'a permis, qui l'a rendu possible, car peut-on dire — en paraphrasant un passage bien connu de Montesquieu — avant qu'il y eût des délimitations faites, il y avait des rapports de droit possibles (3). C'est du reste ce que reconnaît aussi notre maître, qui, avant

1. « La définition suppose la classification des genres supérieurs et appelle la classification des espèces inférieures » (Goblot, *op. cit.*, chap. V, p. 143, n° 91).

2. Goblot, *op. cit.*, voir pour l'argumentation qui n'est que la paraphrase de celle de M. Goblot, la note 2 de la page 118 de notre étude.

3. Montesquieu, *L'esprit des lois* : « Avant qu'il y eut des lois faites il y avait des rapports de justice possible » (Livre I, chapitre I).

de décrire l'opération matérielle du bornage, nous énumère les mobiles juridiques qui ont décidé le juge à y procéder : « après avoir *examiné les titres*, ouï les témoins, compulsé le cadastre, *consulté la coutume, étudié les lieux*, interrogé les vieux, *statué sur la question de propriété*, rentrant dans le cadre de sa compétence... (1). »

On peut même généraliser : la majorité des jugements, sinon la totalité (2), sont *déclaratifs ou ré-cognitifs* de droit. Ils délimitent ou mieux reconnaissent des droits, mais ils ne les créent pas (3). Et

1. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, chap. II, § 1, p. 140.

2. Comp. à ce sujet le très intéressant article de M. L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, dans la *Revue trim. de dr. civ.*, année 1929, n° 1, p. 17-56. L'auteur se déclare partisan de cette distinction. Néanmoins, il commence par reconnaître que « le législateur a confié *avant tout* à nos tribunaux, un rôle *déclaratif*, rôle nécessaire et qui est leur raison d'être... Tout droit méconnu doit pouvoir être affirmé, déclaré par un juge » (p. 18). « Et, se demande-t-il plus loin, ne serait-ce pas une conception socialiste du droit que celle qui permettrait à la puissance publique de disposer des propriétés en les faisant passer d'une tête sur une autre, que celle qui l'autoriserait à créer des obligations à la charge des uns, au profit des autres ? » (p. 33). Et bien qu'il affirme que dans la constatation d'un droit imprécis, le rôle ou la mission du juge est *presque constitutive* (p. 20), il revient là-dessus pour déclarer que « le juge qui, par ses déductions, parvient à donner un caractère de certitude à un droit dont l'existence et le montant étaient jusque-là contestés, ne sort pas de son rôle déclaratif » (p. 34). Sans insister sur ces distinctions, nous dirons que, même dans les cas où le caractère constitutif est plus clair, c'est la loi qui est créatrice du droit, et non pas le jugement qui, par ses précisions, le déclare. Ce qui est certain, c'est que cette distinction a un fondement surtout pratique, mais qu'au point de vue théorique, elle n'est pas soutenable.

3. *Ibid.*, p. 31. L'auteur affirme que : « Le rôle du jugement est comparable à celui d'un révélateur qui sur une plaque photo-

si cette délimitation apparaît comme l'acte éminemment juridique, elle ne peut apparaître comme telle que suivie d'un terme — qui est au moins sous-entendu — celui de « juridique » : *délimitation juridique des libertés*. Car, en dernière analyse, c'est le droit qui délimite ce qu'on peut faire, ce qu'on a la liberté de faire. Si on ne sait pas ce que c'est que le droit, on ne sait pas pourquoi et comment délimiter, et, ce qui est pire, on peut délimiter comme on veut et de quelque façon que ce soit : le règne brutal de la force physique peut se donner libre carrière. C'est pourquoi nous disions, au commencement de notre étude, qu'une telle définition n'était pas moins qu'une interrogation, l'interrogation même de laquelle on était parti, à savoir : qu'est-ce que le droit (1) ?

58. — Ce n'est pas à dire que le substantif « délimitation » n'ait aucun rapport avec la notion du droit. Non ! Bien au contraire, c'est justement parce que sa notion entre dans la construction interne de celle du droit, qu'on ne peut s'en servir pour exprimer l'essence de ce dernier. Mais on pourrait cependant l'employer dans la définition si on lui gardait un rôle que sa signification peut interpréter. Et la preuve, c'est que nous aurons nous-même à l'utiliser ; seulement ce sera pour exprimer les modalités graphique obscure fait apparaître l'image encore invisible mais déjà imprimée : révéler, faire apparaître et préciser des contours incertains, ce n'est pas les créer. »

1. Voir *supra*, n° 6 de notre étude.

ou les moyens de réalisation du droit. Car, s'il est vrai que le droit délimite, il s'agit avant tout de connaître le critère et *les raisons de cette délimitation juridique*, c'est-à-dire de savoir ce que c'est que le droit !

Qu'une telle manière de voir s'impose nécessairement, cela résulte du besoin qu'a senti notre maître, d'y faire allusion et de justifier son abandon, par la remarque qui suit son choix du substantif « délimitation » : « Les raisons qui ont déterminé le droit [nous croyons qu'il eut été plus exact de dire : « qui ont déterminé la délimitation »] à faire passer la ligne à ce point ci, plutôt qu'à celui que voilà, plus près ou plus loin de mon regard, on peut aller les rechercher là où elles se trouvent, dans la nature, la fatalité, l'histoire, la morale, la raison, la conscience, les mœurs et les croyances, le respect et la considération des personnes ou la balance utilitaire des intérêts » (1)... [nous dirons qu'il faudrait aller chercher les raisons de cette délimitation dans *l'idée du droit*].

Et nous pouvons terminer la défense négative du substantif « discipline » que nous avons choisi, en adressant à celui de « délimitation » à peu près la même critique que notre maître adresse à celui d'« art » qui commence la définition de Celsus. C'est que, s'il ne vise pas directement, du moins il fait surtout penser au droit *dans ses applications positives*, c'est-à-dire à sa mise en œuvre par les

1. Voir Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 142.

juges et les législateurs, ce qui n'est qu'un fragment de son domaine (1). En effet, le substantif « délimitation » « fixe et matérialise », d'après les dires mêmes de notre maître, *un seul moment* : « c'est celui où l'idée du droit, surgissant armée de pied en cap sous la forme où le cerveau l'enfante, y apparaît, commandant à tous : halte-là ! en ce lieu je marque une frontière au delà de laquelle, sauf comme moi, nul ne pourra plus dire : « je veux (2) ! »

§ 5. LA COMPRÉHENSION DU MOT « DISCIPLINE ».

59. — Passant maintenant à la défense positive du substantif « discipline », nous ferons tout d'abord remarquer qu'on ne pourrait adresser à ce terme le reproche d'unilatéralité. Il comprend tout aussi bien la science, c'est-à-dire le droit objectif, comme il sous-entend l'art (3), c'est-à-dire le droit appliqué, ou l'application positive du droit. Il comprend en plus le droit en vigueur, car par extension, il signifie *la manière* dont les règles sont observées par les membres d'un corps (4). Mieux, il sous-entend même le droit subjectif, dans son essence telle que nous allons la voir se classer, ci-dessus, sous la forme d'une *autorité*, car, par analogie, la discipline signifie « l'influence exercée par quelqu'un dont

1. Voir Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 24.

2. *Ibid*, p. 142.

3. « Un art¹ d'après M. Lévy-Ullmann, n'est qu'une collection, un ensemble de règles », *op. cit.*, p. 22.

4. Voir *Grande encyclopédie*.

l'*autorité* est comparable à celle d'un maître » (1), nous dirons « l'influence exercée par une autorité » tout court. Du reste nous avons vu que le droit subjectif s'affirme sur le plan politique ; or la politique, en tant qu'ensemble de règles de gouvernement est, elle aussi, une discipline. L'individu qui affirme son droit ne fait que tâcher d'imposer la discipline qui en résulte à celui ou à ceux qui, en le méconnaissant, transgressent la discipline qui le garantit. Enfin, il évoque la vertu de prudence, cette *prudentia* qui entre dans le mot *jurisprudentia*, car être prudent c'est « rechercher et savoir les choses qu'on doit rechercher à atteindre en vue de les atteindre, les choses qui doivent être recherchées afin de les rechercher et savoir les choses qui doivent être évitées afin de les éviter » (2), autrement dit c'est être discipliné. Il sous entend donc la doctrine, car le mot jurisprudence la désigne, du moins dans son sens primitif et aussi dans la terminologie anglaise (3).

60. — Mais, en plus de l'avantage de cette riche compréhension, le terme de « discipline » en présente encore un autre, à savoir, celui de pouvoir rallier,

1. Voir *Nouveau Larousse illustré*.

2. F. Senn, *Les origines de la notion de jurisprudence*, loc. cit.

3. Voir B. Donati, *Teoria delle discipline juridiche e filosofia del diritto* (*Archivio giuridico*. Filippo Serafini, an. 1908, fasc. 1, p. 3): « Con il termine giurisprudenza si vuol comprendere, in conformità del significato etimologico della voce e della sua più pura tradizione, la scienza del diritto positivo, nel suo complesso. »

à la définition qu'il commence, le suffrage des conceptions même que cette définition combat. Car, parmi les desideratas d'une définition unique du droit, se trouve aussi celui d'une *formule unificatrice* des définitions correspondant aux différentes écoles nationales : une formule qui pourrait devenir internationale. Cette formule ne pourrait se réaliser qu'en empruntant ses éléments, ou en trouvant des éléments qui évoquent ceux employés par les conceptions qu'on veut rallier, tout en écartant leurs exagérations.

C'est justement le cas du mot « discipline » qui, par sa seule prononciation, évoque l'idée de la force. Nous avons vu que celui de « délimitation » ne lui était pas étranger, il s'en faut ! Seulement, tandis que la notion de délimitation laisse libre jeu à la force, tout en paraissant la limiter, celle de discipline, tout en l'évoquant, l'enchaîne, de par sa propre vertu, dans ce qui constitue son essence : la réglementation (1).

Et c'est justement le mot discipline, que le peuple allemand a aimé et aime par-dessus tout, qui a fait sa force et qui exprime l'essence de son esprit national, le mot qui passe comme un souffle à travers son organisation sociale entière.

S'il y a une victoire d'armes, il y en a aussi une de l'intelligence, qui consiste à comprendre l'adversaire pour le confondre dans ses propres affirmations, en lui offrant une formule qu'il ne peut ne pas

1. Voir n° 54 de notre étude.

reconnaître qu'en reniant ses propres croyances. Le choix d'un mot exprimant l'essence dans la définition du droit dépendra donc aussi des possibilités de pénétration, voire même d'insinuation, qu'il présente : c'est à cette exigence aussi que nous avons obéi en nous décidant pour le mot discipline.

§ 6. — LE SECOND TERME DU GENRE PROCHAIN
DE L'IDÉE DU DROIT.

61. — Si l'on regarde maintenant du côté subjectif, on s'aperçoit que, dans la classification hiérarchique des affirmations humaines (1), celles qui s'instituent « politiques » se placent immédiatement sous le genre s'exprimant dans le terme « autorité ». Elles se manifestent comme des possibilités ou des puissances sociales, capables de s'imposer d'une manière exclusive et légitime, c'est-à-dire comme des autorités. L'affirmation politique est donc, avant tout, une autorité sociale ; et le droit subjectif qui s'affirme sur le plan politique se présente de même comme une *autorité sociale* de l'individu, autorité qui impose son affirmation aux autres individus qui l'entourent. Cela est d'autant plus vrai qu'en latin, le mot *auctoritas*, — d'où dérive celui d'« autorité » — avait entre autres acceptions, celle de « droit » (2).

1. L'échelle hiérarchique de la classification se déroule ainsi : *possibilité* ou *puissance*, *faculté* (possibilité capable), *prérogative* (faculté exclusive), *autorité*, (prérogative légitime) *pouvoir* (autorité instituée) Voir note 1 p. 123.

2. Bréal, *Dictionnaire étymologique latin*. V. mot *augere*. La loi des douze tables s'exprime ainsi : « adversus hostem æterna

Du reste, la racine de ce mot est *augeo* qui signifie : créer, fonder, augmenter. Or le droit subjectif ne fait que créer, fonder et augmenter la personnalité de l'individu. D'autre part, l'idée de droit implique l'idée d'une autorité sans laquelle elle ne pourrait pas s'imposer. On se rend ainsi compte que ce terme exprime l'essence du droit dans son aspect subjectif. Il n'est meilleur que les autres termes : *pouvoir, faculté, prérogative*, — termes sous lesquels on désigne habituellement le droit subjectif ; — que parce qu'il est le genre *prochain* de l'idée du droit, tandis que les autres sont des genres plus éloignés.

En outre, ce terme sous-entend, à son tour, l'idée du droit objectif exprimée par le mot discipline, car « la pensée de l'exercice de l'autorité implique pour nous, toujours, celle d'une *certaine direction générale* donnée à un groupe social, et celle-ci ne peut lui être donnée que par des commandements, sous forme de règles impératives » (1). Et nous avons vu

auctoritas esto. » Le sens de ce texte est, d'après M. Cuq, douteux (*Les institutions juridiques des romains*, 1^{re} édition, tome I p. 263, note 3, comp. p. 248.) Mais quelle que soit la signification du mot « *auctoritas* » : garantie, recours en garantie, propriété, il est évident qu'il traduit un droit. Même s'il signifie le droit de garantie, ce droit est le droit par excellence, car il se présente aussi sous la forme d'une garantie des libertés individuelles et une « garantie absolue » équivalant à un droit. Comp. Vico : *de uno univ. juris. princ.* n^{os} 89 et suiv. : « *auctoritas est ipsum cujusque nosse, velle, posse* ... et définir *postest nostræ naturæ proprietas* ». D'autre part l'*auctor* désigne le titulaire, d'un droit : « *auctor meus a quo jus in me transit.* » Comp. l'expression « autorité de la chose jugée », qui veut signifier le droit ou la garantie inébranlable de la chose jugée.

1. A. Stoop, *op. cit.*, p. 98.

que l'idée du droit, sous sa forme objective, se présente à nous comme une *direction imposée*, c'est-à-dire comme une discipline.

62. — Par ailleurs ce mot pourrait contenter les écoles qui définissent le droit comme un intérêt qu'on doit protéger, (1) comme une utilité qui doit être garantie (2) car, à part le point de vue subjectif duquel elles regardent le droit, il leur est impossible de le concevoir — faute d'un idéal justificateur — autrement que comme une autorité. En effet, ces écoles sont, comme les caractérise très bien M. Jossierand (3) « des écoles fatalistes ». Or ce qui est fatal s'impose par son caractère indiscutable, autrement dit, ces écoles sont des *écoles autoritaires*.

Une formule définissant le droit comme une « autorité » leur conviendrait donc et pourrait obtenir leur ralliement et leurs suffrages. Seulement, tandis que l'*intérêt* ou l'*utilité* sont des valeurs amORALES, l'*autorité*, tout en admettant dans sa construction la force physique, constitue surtout une valeur idéale faisant penser à une force morale qui s'affirme, à une force qui est plutôt obéie qu'imposée (4). Car, si on peut exercer une autorité de force, l'imposant à l'aide de la crainte, on ne peut en jouir que si on

1. V. la définition donnée par Ihéring : « Le droit est un intérêt juridiquement protégé. »

2. Sur la conception anglaise V. Jossierand, n° 19, p. 32-34.

3. Jossierand : *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, p. 39, n° 19.

4. Comparez la définition du droit donnée par Leibnitz, d'après lequel le droit est un *pouvoir moral*.

inspire le respect et la confiance à ceux qui y obéissent (1). C'est la signification primitive du mot *auctoritas* : « crédit, autorité morale », qui milite aussi bien dans ce sens (2). Et c'est cette signification que nous entendons lui garder.

63. — L'essence proprement dite du droit s'exprime ainsi dans ses deux termes : *autorité qui s'affirme et discipline qui s'impose*. Ce sont eux qui commenceront la définition : *Le droit est une autorité et une discipline qui s'affirment et s'imposent*. Mais comme ils n'expriment qu'une partie de l'essence entière de cette idée : sa nature, comme il ne nous donne pas le *critérium* (3) *définitif d'appréciation* de ce qui est ou n'est pas droit (4), il nous faut pénétrer plus profondément dans son analyse et découvrir le second élément de sa vérité générale, de son essence *lato sensu*, à savoir, celui qui exprime son *fondement*.

1. V. Stoop, *op. cit.*, chap. 1, § 2, p. 97 à 108 et surtout p. 102, n° 1.

2. Bréal, *op. cit.*

3. Le mot *critérium* signifie d'une façon générale un moyen de juger. Dans un sens restreint, il désigne « le signe distinctif du vrai, le trait caractéristique auquel notre raison reconnaît la vérité et la discerne de l'erreur » (Lefebvre, *op. cit.*, p. 192).

4. Comp. Lefebvre, *Le droit naturel*, p. 40 : « ... Les faits nous donnent à la fois le juste et l'injuste, et il faut choisir entre eux, prendre un parti. Trouver un critérium des actes à favoriser et de ceux qu'il faut proscrire, c'est tout le but du droit. »

CHAPITRE II

LE FONDEMENT DU DROIT

« Fundamentum est justitiæ fides. »
CICÉRON, I, 7.

SECTION PREMIÈRE

Considérations générales.

§ 1. Questions techniques. — § 2. Le fondement du droit et le droit naturel. — § 3. Droit naturel et droit idéal. — § 4. La notion caractérisant le droit naturel et celle spécifiant l'idée du droit.

§ 1. — QUESTIONS TECHNIQUES.

64. — Dans la composition technique de la définition que nous entendons construire, le mot exprimant le fondement du droit apparaît comme la première différence d'une suite ou série spécifiant cette idée. Il caractérisera une des manifestations connues du droit, pour exprimer ensuite en — compagnie des deux premiers termes que nous avons déjà trouvés et qui forment les premiers éléments du genre prochain initial de la définition — le genre prochain d'une autre manifestation. Mais, pour préciser l'aspect et le contenu de cette première différence qui spécifie le fondement du droit, nous devons entreprendre une incursion dans le domaine des doctrines s'y

rattachant, ou de celles connexes, pour y puiser les données, et relever l'esprit qui doit présider à son établissement. En conséquence il nous faudra avoir un critère et un guide qui nous permettent de faire un triage parmi les théories existantes, et qui nous renseignent constamment sur l'étendue et la portée des efforts accomplis et sur la valeur de la solution que nous proposerons. Il résulte qu'il est de toute nécessité d'établir, dès à présent, quelle sera cette première manifestation que le fondement du droit caractérise. Car c'est cette manifestation qui nous fournira les éléments à l'aide desquels nous pourrions apprécier, d'une manière générale indicative, la justesse des directives de nos recherches et vérifier, par la précision de son contenu et de sa position, la convenance — dans la formule de la définition — du mot choisi finalement par nous, pour y prendre place comme représentant le fondement du droit.

§ 2. — LE FONDEMENT DU DROIT ET LE DROIT NATUREL.

65. — Nous avons vu que le fondement exprime la base ou le principal appui du droit, son contenu nécessaire et principal (1). Mais le contenu foncier d'une idée ne peut être que d'ordre rationnel : c'est-à-dire que *la manifestation que cette première différence caractérisera sera le droit rationnel, le droit naturel* (2). C'est lui d'ailleurs qui constitue l'élé-

1. Voir ci-dessus, n° 33.

2. « Le droit naturel n'est que la raison humaine perfectionnée par le travail des siècles » (Dorlancourt, p. 359). Comp. Le Fur :

ment commun, se trouvant à l'intersection des deux classifications hiérarchiques, qui se déroulent sur deux plans concurrents différents : celle qui comprend la notion du droit comme espèce, et celle qui analyse l'idée du droit comme genre initial (1).

En effet, c'est le *droit rationnel ou naturel* (2) qui figure comme espèce dans la classification des différentes disciplines humaines (car c'est sur le plan de l'abstraction morale ou rationnelle que les différentes disciplines se hiérarchisent (3) et c'est lui aussi, le

« Droit naturel, droit objectif, droit rationnel, voir même droit scientifique.... Tout désigne un ensemble de règles objectives, antérieures à la volonté de l'homme et s'imposant à elle, constatées et non créées par la raison » (*Le droit naturel*, p. 6). Comp. la définition de M. Génv : « le droit naturel est l'ensemble des règles juridiques que la raison dégage de la nature même des choses, dont l'homme est une partie » (*op. cit.*, II, p. 419).

1. Voir ci-dessus n° 45 et note 1, p. 108.

2. Voir Le Fur, *Le droit naturel*, p. 43.

3. Cela est évident pour les disciplines religieuses et morales proprement dites. Mais la discipline scientifique elle-même en fait partie. Il suffit, pour en donner la preuve, de citer M. Goblot : « L'esprit scientifique est donc fait de qualités extra-intellectuelles, notamment de *qualités morales*. La première en importance est *l'amour pour la vérité... la sincérité intellectuelle*, est à peine distincte de l'amour de la vérité... La science réclame des esprits vigoureux, solides, précis. Ces trois qualités n'en font qu'une, car la précision des ajustements logiques en fait la solidité et la solidité c'est la force. Sont-ce là des qualités intellectuelles ?... La *pénétration* et la *profondeur* sont des formes spéciales de la vigueur de la pensée. Ce sont encore des qualités morales... La *force* et la *finesse* sont plus près d'être réellement des qualités intellectuelles... Ainsi l'intelligence, à ne considérer que sa fonction logique, requiert toujours, dans ses opérations les plus diverses *la même qualité morale de probité scrupuleuse et minutieuse*, c'est-à dire de *précision* » (*op. cit.*, chap. 18 : *L'esprit scientifique et le rationalisme*, § 1, *L'esprit scientifique*, n° 242 à 244). Dans un sens plus précis encore, M. Hauriou déclare : « Cette œuvre de la science, assurément formidable, s'appuie elle-même,

droit naturel ou scientifique (1), qui commence la classification des différentes modalités de l'idée du droit, c'est-à-dire qui constitue l'espèce première dans la classification juridique qui se déroule sur le plan de l'abstraction sociale.

§ 3. — DROIT NATUREL ET DROIT IDÉAL.

66. — Si maintenant l'idée du droit paraît se réaliser, par le droit idéal, sur une échelle d'abstraction supérieure à celle du droit naturel, on doit tout de suite remarquer que cette idée, étant de par sa nature d'ordre téléologique (2), le droit idéal, qui exprime le but ou l'idéal, c'est-à-dire la fin de l'idée du droit, ne pourra se placer, dans la série téléologique (cause, moyen, fin), qu'après le droit naturel qui exprime la cause de cette idée. Pour ce même motif, la différence spécifique qui caractérise le droit idéal, devra être placée et trouvera sa place naturelle à la fin de la formule de la définition de l'idée du droit. Il s'en suit que ce droit encadrera entre ces deux éléments simples — genre prochain (l'essence du droit *lato sensu*) et différences spécifiques (but du droit) — les autres différences caractérisant les diverses modalités du droit, différences qui entreront dans la composition de son genre prochain composé, tout en constituant le second élément de

d'une façon directe, sur l'œuvre morale qui est le chef-d'œuvre véritable de notre civilisation (*L'ordre social, la justice et le droit. Rev. trim. de dr. civ.*, 1927, n° 4, p. 819.)

1. V. ci-dessus, p. 141, note 2.

2. V. ci-dessus, n° 46.

la série téléologique (le moyen), dans la formule définitive et entière de l'idée du droit. Ce qui se comprend aisément du reste, si l'on pense que le droit idéal, à cause de l'élément idéologique qu'il présente, se confond justement avec l'idée du droit dans sa présentation dernière et définitive. Cette constatation se vérifie par l'observation que le plan sur lequel le droit idéal se réalise, à savoir le plan philosophique, est aussi celui sur lequel nous entendons construire notre définition (1).

Ainsi le droit idéal se confond avec l'idée téléologique du droit envisagé sous l'aspect logique de sa formule. Il ne représente donc pas une réalisation de l'idée du droit distincte et supérieure — dans l'échelle de l'abstraction — à celle du droit naturel, mais bien une réalisation complémentaire que toutes les différentes manifestations de cette idée impliquent pour leur achèvement téléologique. De sorte que le droit naturel reste l'espèce première dans la seconde classification, analysant l'idée du droit en tant que genre initial.

C'est donc le droit naturel qui sera, en dernier lieu, la modalité que le fondement du droit caractérisera. C'est dire, du même coup, que *la notion qui spécifiera ce dernier devra correspondre à celle qui caractérise cette modalité.*

1. V. ci-dessus, n° 48.

§ IV. — LA NOTION CARACTÉRISANT LE DROIT NATUREL
ET CELLE SPÉCIFIANT L'IDÉE DU DROIT.

67. — Quelle est alors la notion caractérisant le droit naturel?

Le Digeste définissait le droit naturel : « jus naturale est quod semper æquum et bonum est » (1). C'est donc l'« æquum et bonum, » c'est-à-dire, dans la traduction habituelle de cette formule (2), la notion d'équité, indiquant l'idée d'une règle rationnelle en conformité avec une morale égalitaire (3), qui sera la notion caractéristique du droit naturel, celle auquel devra correspondre la notion spécifique de l'idée du droit. Cela d'autant plus que cette notion correspond au plan de réalisation du droit naturel, plan que nous avons vu être celui de la morale (4).

Seulement, à cause du caractère incertain et équi-

1. D. I. I. *De justitia et iure*.

2. Conf. Chauffour : *De l'équité dans le droit romain*, dans *Revue de législation* (Wolovsky) t. 28, p. 101 : « A côté de l'æquum, les sources mentionnent ordinairement le bonum... Le droit lui-même reçoit aussi cette épithète, et l'on a beaucoup discuté, depuis les glossateurs, sur sa signification précise. La vérité est qu'elle n'indique pas une nuance différente de l'æquum et que ces deux mots, rapprochés comme ils le sont très souvent, forment l'une de ces rédundances si fréquentes chez les anciens. Comp. P. Collinet, *Cours de Pandectes*, 1924-25, p. 30, avec référence G. May, *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 399-412. »

3. Conf. Chauffour, t. 29, p. 253 et suiv. Sur la notion d'équité voir aussi Lévy-Ullmann, *Cours de droit civil approfondi* 1927-1928, *L'obligation et le contrat au premier quart du XX^e siècle*, p. 149-155 et Vicenzio Miceli, *Sul principio di equità* dans *Studi di Scialoja*, p. 81 et suiv.

4. V. ci-dessus, n° 34, Adde. J. Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, sect. II, chap. I.

voque de la notion d'équité (1), l'aspect de la notion spécifique du droit — contenu virtuellement dans cette notion, qui définit le droit naturel à titre de variable — est rendu changeant et difficile à saisir. Si nous étions donc contraint de rester à cette notion d'équité, la notion spécifique du droit, dégagée, serait privée de précision et surtout des possibilités de vérification nécessaires pour lui rendre l'autorité d'une épreuve indiscutable. En conséquence nous serions réduit à des conjectures subjectives sans aucune valeur scientifique (2). Heureusement une porte de salut est ouverte. En effet nous avons vu que le droit naturel appartient aussi comme espèce à une première classification qui l'envisage dans sa notion représentative de l'idée du droit. Il pourra donc être défini par l'analyse de la connotation de la notion même du droit et, par conséquent, être caractérisé par la différence spécifique de cette notion.

Cette situation privilégiée permettra que l'élément exprimant le fondement du droit soit constitué d'une manière toute spéciale par la différence spécifique même de la notion, c'est-à-dire par un caractère propre et spécial à cette idée, au lieu d'être représenté par une variable la contenant virtuellement (3).

De cette manière, la première différence dans la

1. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 487.

2. Conf. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, *loc. cit.*

3. V. *ci-dessus*, numéro 45.

formule de la définition, la différence qui exprime le fondement du droit, sera *la différence spécifique par excellence*, celle qui indique ce qu'il y a de plus caractéristique, de plus permanent et de plus immuable dans la notion et l'idée du droit.

Et maintenant, après avoir ainsi déterminé l'étoile polaire de nos investigations, ainsi que l'étalon vérificateur de nos conclusions, nous pouvons nous demander quel est le terme qui, constituant la différence spécifique de la notion du droit, exprime le fondement du droit dans la définition expressive de celui-ci.

Une incursion dans le domaine de l'histoire des doctrines juridiques nous fournira le mot de l'énigme.

SECTION II

Considérations historiques et doctrinales sur le fondement du droit.

§ 1. Les théories en présence et les perspectives qu'elles ouvrent. — § 2. La liberté et la justice comme fondement du droit. — § 3. Le fondement de la justice et la notion de bonne foi. — § 4. La notion de bonne foi et la notion du droit : plan.

§ 1. — LES THÉORIES EN PRÉSENCE ET LES PERSPECTIVES QU'ELLES OUVRONT.

68. — La recherche du contenu de cet élément spécifique de l'idée du droit a été, pendant les trois derniers siècles, la pomme de discorde de différentes et nombreuses écoles juridiques. On peut

distinguer surtout trois écoles qui se sont disputées et se disputent encore, à l'heure actuelle, le privilège de la posséder : l'école catholique, l'école métaphysique, et l'école du droit social (1). Elles correspondent à trois directives ou doctrines générales, à savoir : 1^o celle qui trouve au droit un fondement divin, qui, autrement dit, accepte l'immanence du droit en Dieu; 2^o celle qui lui trouve un fondement humain, affirmant l'immanence du droit dans l'homme et enfin 3^o celle qui, lui trouvant un fondement social, accueille l'immanence du droit dans la norme sociale (2). Elles peuvent même — comme de récents ouvrages l'ont établi (3) — se réduire à deux : 1^o l'école classique et 2^o l'école romantique, si l'on tient compte du caractère intrinsèque des trois directives indiquées et si l'on observe que, tandis que les deux premières se placent à un point de vue rationnel, la troisième préfère le point de vue empirique (4).

Dans ces conditions, chercher le caractère spécifique de la notion du droit semble ne pas être chose aisée; le trouver, de manière surtout à le rendre universellement acceptable, paraît tout à fait chose

1. V. J. Bonnecase, *La notion du droit en France*, chap. II, *Le contenu de la notion du droit*.

2. V. P. Cuche, *A la recherche du fondement du droit*, dans la *Rev. trim. du droit civil*, 1929, n^o 1, p. 60 à 63.

3. V. Bourges, *Le romantisme juridique*, 1922 et J. Bonnecase, *Science du droit et romantisme*, 1928, surtout p. 211 à 265.

4. V. la critique que M. Cuche fait à cette conception dans l'article précité, critique qui a un sous-titre significatif à ce sujet; *Y a-t-il un romantisme juridique?*

impossible. Mais ces difficultés n'apparaissent et ne persistent qu'en tant qu'on se place aux points de vue des doctrines dogmatiques et qu'on ne s'accorde pas sur la nature scientifique de la recherche à faire. Si, au contraire, on observe que, d'un point de vue scientifique, la vérité de la nature humaine est à la fois rationnelle et sociale (1), une entente peut se réaliser entre les deux écoles protagonistes, sans recourir à un compromis et sans faire appel à l'éclectisme, mais seulement en ramenant leur conception à des vues plus compréhensives et moins unilatérales, en d'autres termes en les précisant par un effort scientifique soutenu.

69. — Cet effort ne fut entrepris qu'en ces toutes dernières années. Ses conclusions concordent — tout au moins dans leurs lignes générales — avec la position que nous avons prise ci-dessus, car elles affirment l'entité fondamentale du droit dans le droit naturel (2). Mais, ce qui est mieux et d'une

1. L'homme a été déjà défini un animal sociable (Aristote) et raisonnable (V. la définition courante dans les traités de logique).

2. En effet, après avoir constaté qu'« une investigation mieux avisée des *bases du droit*, placera la jurisprudence, la coutume et la loi elle-même, dans la dépendance de l'entité fondamentale, dont elles ne sont que des rayonnements partiels », M. Gény trouve cette entité fondamentale dans l'irréductible *droit naturel*, car seul le droit naturel — réduit à son minimum nécessaire mais d'autant mieux assuré dans son principe que le contenu en resterait plus modeste et plus malléable — fournit la base indispensable à une élaboration vraiment scientifique du droit positif (*op. cit.*, t. I et II). Et, dans le même sens, M. le Fur trouve que le *droit naturel*, quant aux principes fondamentaux et le droit rationnel ou scientifique, quant au développement du précédent

importance capitale, c'est que cet effort établit, d'une façon péremptoire, la source morale en même temps que sociale de ce droit naturel. C'est ainsi que M. Gény affirme que, pour pénétrer « l'essence de la vie même du droit », il faut le replacer « au milieu du monde social dont il est un élément intégrant » et l'étudier « en fonction des puissances intellectuelles et morales de l'humanité qui seules le peuvent mettre en valeur » (1).

Il en résulte que l'élément exprimant le fondement du droit devra, tout en se rattachant au plan de réalisation du droit naturel, le plan moral, s'adapter à son plan constitutif, le plan social. On se rend aisément compte du résultat acquis : il consiste dans la détermination de l'aspect du contenu de cet élément. Par là même et du même coup se trouve précisé aussi le champ des recherches à faire. Ce plan s'affirme être celui de la morale envisagée à un point de vue social.

Seulement cet effort ouvrit des horizons si vastes, sinon si nouveaux, qu'on oublia pour le moment le

pour le mettre en harmonie avec les besoins d'un temps et d'un pays donnés... *fournissent au droit positif son fondement... sans lequel le droit ne serait pas respecté pour lui-même comme il doit l'être* » (*Le droit naturel*, p. 43).

1. Et M. Le Fur ajoute à ce qu'il vient de trouver : (V. note ci-dessus) : « Il faut au droit un fondement moral, scientifique, en dehors de la volonté arbitraire des gouvernants : ce fondement sera tantôt historique, tantôt économique, tantôt moral, la loi morale apparaissant toujours sinon comme le fondement direct de toute obligation juridique, du moins comme la barrière que ne peut franchir le droit positif » (*loc. cit.*). Adde Senn, *De la justice et du droit*, Appendice, p. 57-59 et 69-83, sur le *jus naturale* et le *jus gentium* et leur distinction.

but dans lequel il fut entrepris : celui de préciser le contenu de l'élément exprimant le fondement du droit (1). Devant la richesse des détails, devant surtout la coloration inattendue qu'ils prirent sous la nouvelle lumière projetée, les hommes de science, éblouis, sentirent le besoin « d'arrêter pour un instant une recherche inquiète, de fixer une pensée indécise » pour, « dresser l'inventaire des idées » (2).

On se rendit bien compte que « certaine orientation de la doctrine juridique allait sortir » (3), mais on craignait que, dans sa poursuite outran-

1. C'est ainsi que M. Gény écrivait : « Une investigation strictement scientifique de la nature morale est susceptible de procurer les résultats les plus objectifs, ceux du moins sur lesquels, en raison de leur origine positive, l'accord des esprits se fera le plus aisément et le plus sûrement... j'apprécierai donc tout effort sincère et sérieux fait en vue de dessubjectiviser la morale et le droit comme devant, dans la mesure du succès possible, leur assurer les bases les plus fermes, *op cit.*, t. I, n° 31, p. 93.

2. Ripert, *La règle morale, op. cit.*, : Préface, p. 5, éd. 2 et introd., p. 2. Comp. Gény, *Science et technique*, t. I, livre II. Note de l'auteur, p. 3 : « A y bien réfléchi, pourtant, il m'a paru qu'envisagé au delà du cadre un peu restreint, où j'ai dû le contenir, et pénétré jusqu'en son essence intime, le sujet que je traite ici, n'était pas sans s'accorder à certaines exigences pressantes du moment et qu'il méritait d'être offert, dès maintenant, à la réflexion des penseurs, soucieux de préparer l'avenir ».

3. Ripert, *loc cit.*, p. 2 ; comp. Gény, t. II, n° 71 p. 15 : « Si l'on ne prétend y découvrir des principes, qui puissent diriger effectivement la conduite des hommes dans les situations concrètes, où les placent les hasards de l'existence, du moins cherche-t-on plus avidement que jamais, à discerner une orientation générale de la vie sociale. » *Adde* : Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Introd., p. 9 : « S'il est vrai que la vie du droit se ramène à une lutte, il convient du moins que ce ne soit pas à la lutte du pot de terre contre le pot de fer

cière (1), le retard dans la prise en considération des premières suggestions fut indéfini, et peut-être fatal à leurs conséquences lointaines (2).

Rien ne fut donc précisé dans les anciennes positions relativement à la notion caractérisant le droit naturel. Il s'en suivit qu'aucune expression nouvelle et précise — à part de menues et vagues variations, indiquant le besoin d'un changement — ne vint apporter, dans le champ des différentes écoles s'y rattachant, un aspect nouveau et original au contenu du fondement du droit (3).

Mais, si les anciennes positions prises par rapport au droit naturel, semblent ne plus être suffisantes et ne plus correspondre aux nouvelles conceptions sur le fondement du droit, ce sont elles qui doivent néanmoins inspirer et déterminer les directives des nouvelles recherches à faire quant au contenu de ce fondement ; car, en cette matière, toute innovation qui ne tiendrait compte des traditions serait hasardée et stérile.

et que les armes mises par les pouvoirs publics à la disposition des combattants ne soient pas des armes empoisonnées, qu'elles ne puissent être utilisées qu'à bon escient et conformément à la règle du jeu, laquelle est une règle invariablement sociale. C'est cette règle que nous nous proposons de rechercher et de fixer au cours de cette étude de l'abus des droits. »

1. Ripert, *op. cit.*, Préface, p. 6 : « Le goût demeure des études désintéressées sur le fondement du droit. »

2. V. Gény, *op. cit.*, t. I, Introduction, p. 4 et p. 16. — Adde : Josserand, *Les mobiles...* : « Etudier les mobiles, c'est pénétrer jusqu'à l'essence même du droit. » (Introduction, p. 1).

3. V. *ci-dessus*, n° 6 et 11.

§ 2. — LA LIBERTÉ ET LA JUSTICE
COMME FONDEMENT DU DROIT.

70. — Quelles sont donc les anciennes positions ? Et quelles sont les indications et les directives qu'elles fournissent ?

A n'envisager que celles qui sont les plus caractéristiques et les plus représentatives, elles se ramènent à deux. La première indique le fondement du droit dans l'idée de justice, la seconde dans l'idée de liberté (1). La dernière se rattache directement à la conception de la France révolutionnaire (2) ; néanmoins, elle apparaît souvent comme représentant la pensée philosophique Kantienne, comme affirmée sous l'influence de cette pensée. La première a de forts liens avec la conception de la Rome des Prudents, celle qui considérait la connaissance juridique comme une science du juste et de l'injuste (3). La première est donc traditionnelle, la seconde de date plus récente.

Justice (4) et liberté (5), ce sont les deux termes,

1. Pour la critique des théories fondant le droit sur la force ou le besoin, v. Janet, *op. cit.*, n° 513 et 514.

2. Comp. Josserand, t. I, Introduction, n° 4, p. 5 ; M. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 547 à 548 et Le Für, *Le fondement du droit*, p. 655 et suiv.

3. V. *ci-dessus*, n° 54, p. 123, note 5.

4. V. la définition de M. Gény citée *ci-dessus*, n° 2, p. 14. Voir aussi les définitions de Valette, Marcadé, Demante, Tanon, citées par M. Lévy-Ullmann.

5. V. la définition de Beudant : « Le droit au sens le plus général du mot, est la science de la liberté » (*Le droit individuel et l'Etat*, chap. p. 1, 57). Voir aussi les définitions de Surville, Bufnoir, Kant et Lévy-Ullmann, citées par ce dernier.

les deux mots que les auteurs employèrent pour exprimer le fondement du droit au point de vue qui nous intéresse. Les deux notions qu'ils expriment sont cependant insuffisantes : les critiques dirigées de part et d'autre contre leur emploi respectif sont justifiées et montrent avec beaucoup d'évidence leur côté vulnérable. Nous retiendrons celles qui ont le plus de valeur et nous ajouterons les remarques que nous croyons nécessaires.

71. — Et d'abord *l'idée de liberté*, ou mieux la conception s'y rattachant. D'après M. Le Fur, « il est à peine besoin aujourd'hui de faire justice de cette conception purement formelle du droit », car celui-ci « n'est pas une forme vide, il comporte un contenu nécessaire » (1). Et même, sans prendre en considération la nécessité de ce contenu, on sent le besoin de s'écarter de cette conception formelle du droit, qui « mène tout droit à l'anarchie, ou, si l'on préfère, au triomphe de la force, ce qui revient à peu près au même » (2). D'ailleurs cette idée appartient plutôt à un plan politique, tandis que nous avons vu que le droit naturel s'affirme sur le plan moral (3).

1 et 2. Le Fur, *Le fondement du droit*, p. 627-628.

3. On s'évertue habituellement à séparer nettement le droit de la morale en présentant comme un moment capital, celui où il a pu s'en dégager complètement, quand il faut observer, au contraire, que c'est de la politique qu'il faut surtout le distinguer et que le moment capital du droit est justement celui où il a cessé ou cessera d'être mêlé ou de s'affirmer sur le plan adoptif de la politique pour se réaliser sur celui qui lui est naturel : le plan moral. Nous aurons, du reste, l'occasion de préciser ce point de vue dans la suite de nos développements,

Elle ne donne aucun critérium de distinction entre ce qu'on peut et ce qu'on ne peut pas faire (1), étant plutôt un but qu'un moyen d'appréciation des actions humaines.

Elle ne pourra donc constituer le fondement du droit qu'en tant qu'on aura déterminé ses limites.

72. — Reste *l'idée de justice*. En ce qui la concerne, il faut tout d'abord remarquer le rapport de filiation étymologique qui existe entre les deux mots *justitia* et *jus*. Or le mot droit remplace celui de « jus » ; et par suite de même qu'on ne saurait définir *jus* par *justitia* — à peine de commettre une pure tautologie — de même on ne peut définir le *droit* par *l'idée de justice*, car on commettrait une pétition de principe ou on tournerait dans un cercle vicieux : rien ne serait donc éclairci. Mais un autre reproche qu'on peut faire à cette idée (2), c'est que sa notion abstraite reste en elle-même trop générale, trop vague et trop lointaine, pour constituer une base suffisante à l'élaboration scientifique du droit objectif » (3).

1. Voir M. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1^{re} partie, chap. VII ; « Ainsi la limite de ce qu'on peut faire sans engager sa responsabilité est-elle des plus difficiles à établir... en disant que la liberté est tout ce qui ne nuit pas au droit d'autrui, Bertauld ouvre le plus grand groupe de questions : qu'est-ce que le droit d'autrui ? » p. 157.

2. Voir la critique faite par M. Lévy-Ullmann (*op. cit.*, p. 81-82) et l'analyse critique faite par M. Demogue, analyse à laquelle M. Lévy-Ullmann renvoie (Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1^{re} partie, chap. V).

3. Gény, *op. cit.*, t. II, chap. 14, § III, n° 172, p. 393. Comp. t. I, n° 6, p. 51.

L'idée de justice, bien que contenant en elle l'idée fondamentale du droit (1), présente donc deux défauts : celui d'être trop abstraite et celui d'occasionner le sophisme connu sous le nom *d'ignoratio elenchi*.

Néanmoins, comme l'idée de justice correspond aux deux caractères, moral et social, que doit présenter le fondement du droit en tant que caractérisant le droit naturel (2), c'est elle qui est indiquée pour fournir l'élément exprimant son contenu, étant donné aussi le rapport organique qui existe entre la notion du droit et celle de la justice. Mais on devra corriger les défauts qu'elle présente.

Il suffira, pour cela de nous rapporter au fondement de cette dernière idée, car « le contenu abstrait de la justice devient plus accessible si nous le décomposons en quelques notions moins profondes et mieux adaptées à la vie qu'il s'agit de rejoindre » (3). Nous éviterons ainsi le cercle vicieux où aboutissent les définitions du droit qui utilisent le mot même de justice, car le fondement de l'idée de justice — qui pourra, peut-être, être aussi le fondement de l'idée du droit (4) — sera nécessairement

1. En effet, on ne peut pas concevoir l'idée du droit sans l'idée de justice. Comp. ci-dessus, p. 80, note 2. Voir aussi Le Fur, *Le fondement du droit*.

2. Comp. Génv.

3. *Ibid.*, t. II, *loc. cit.*, p. 393.

4. Deux idées identiques peuvent et doivent avoir le même fondement. Or, l'idée du justice et celle du droit, malgré leur différence de contenu sentimental, plus apparente que réelle, sont des idées similaires. V. en ce sens Gaston May, *Introduction à la*

un terme différent, tant du mot justice que du mot droit.

§ 3. — LE FONDEMENT DE LA JUSTICE
ET LA NOTION DE BONNE FOI.

73. — Quel est alors le fondement de la Justice ?

Cicéron, dans un passage de plus en plus remarqué de son *De Officiis* (1), déclare que le fondement de la justice est la *bonne foi* (2).

Ce sera donc cette dernière idée — *l'idée de bonne foi* — qui sera la notion caractéristique du droit naturel et qui constituera, aussi et telle que nous allons la préciser et la définir, le fondement de

Science du droit, chap. III, p. 18-19. « En somme on considère les termes droit et justice comme exprimant des notions identiques. De fait l'étymologie du mot justice, provenant du mot latin *justitia*, confirme cette identité. Pour les Romains, la *justitia* désigne le fait de se tenir *stare*, de s'attacher à ce qui est le droit, *jus*. C'est à proprement parler une disposition d'esprit, une intention consciente et ferme d'observer la règle de droit. On voit par là le lien qu'il y a entre l'idée de droit et celle de justice. *Ce sont, à proprement parler les deux faces de la même conception*. Le droit, c'est le précepte abstrait, la règle envisagée en elle-même. La justice, c'est la règle mise en application, le droit réalisé ».

1. Cicéron, *De Officiis*, L. I, § 7.

2. Le texte dit : *Fundamentum est autem justitiæ fides*... Le mot *Fides* employé par Cicéron, doit être traduit par celui de « bonne foi » ; cela résulte de la signification que le texte lui attribue par la suite : « *id est dictorum conventorum que constantia et veritas* ». D'ailleurs on rencontre souvent dans les textes juridiques romains le terme de *fides* tout court à la place de celui « de bona fides ». C'est du reste la traduction donnée par M. Giffard dans son cours de droit romain, *Obligations*, année 1925-1926 et par M. Félix Senn dans son livre : *De la justice et du droit*. Voici en quels termes s'exprime ce dernier auteur : « la *bonne foi*... que Cicéron appelle le fondement de la justice... (*op. cit.*, p. 28-29). V. aussi M. P. Collinet, *Cours de Pandectes*, 1923-1924, p. 298 et 1924-1925, p. 239-240.

l'idée du droit — quitte à le démontrer. Car, si l'autorité de Cicéron pouvait suffire pour faire accepter la bonne foi — telle qu'il la comprend — comme constituant le fondement de la justice, rien ne nous autorise, jusqu'à présent, à voir en elle le fondement du droit. Tout au plus serait-on en droit de conjecturer — sur la base de la définition de M. Génv (1), représentative de la conception française classique et par la voie d'un simple syllogisme — que, du moment que le droit s'inspire de l'idée de justice et que celle-ci se fonde sur l'idée de bonne foi, il en résulterait que le droit aussi se fonde en dernière analyse sur cette dernière idée. Cette conjecture se consolide par le rapprochement de la définition du droit donné par Celcus : « ars boni et æqui » (2), avec l'affirmation d'Ulpien, que la justice suppose : « la notitia æqui et boni » (3), et celle de M. Hauriou d'après laquelle « la justice a pour but l'æquum et bonum » (4) ; cela d'autant plus qu'on doit se rappeler qu'en droit romain les expressions « bonum et æquum », « boni et æqui », ont des rapports étroits avec celle de la « bona fides » (5).

1. V. ci-dessus, p. 14, n° 2.

2. Dig. Fr. I pr. *de just et jure*.

3. V. Félix Senn, *op.cit.*, p. 14.

4. Hauriou, *L'ordre social, la justice et le droit*, dans la *Rev. trim. de dr. civ.*, année 1927, n° 4, p. 800.

5. Les expressions « ex fide bona » et « ex æquo et bono » sont employées parallèlement pour caractériser le critère d'après lequel l'arbitre (arbitrum) romain doit apprécier (arbitrium, arbitratus) les devoirs des parties qui se soumettent à son arbitrage (Cuq, *Les institutions juridiques*, t. II, p. 665 et suiv., Comp., p. 690 et Girard, *Manuel élémentaire*, 2^e éd., p. 992).

§ 4. — LA NOTION DE BONNE FOI
ET LA NOTION DU DROIT : PLAN.

74. — Quoi qu'il en soit de ces indications qui sont autant de présomptions qui militent en notre faveur, il n'en reste pas moins vrai que, pour faire accepter l'idée de bonne foi comme fondement du droit, nous ne pouvons ne pas convenir qu'il nous faut :

A) Démontrer que le droit et la justice ont un fondement philosophique commun, en accord avec cette idée. Pour cela nous devons :

1^o Analyser la notion de bonne foi pour déterminer son contenu spécifique ;

2^o Chercher la notion philosophique de la justice qui légitime l'affirmation de Cicéron et l'analyser à son tour pour trouver la relation qui existe entre la notion de justice et celle de la bonne foi et pour vérifier ensuite si la notion du droit, dans ce qu'elle a de plus profond et de plus pur, correspond à cette notion, pour autoriser la même relation.

Enfin, pour légitimer la définition du droit basée sur l'idée de bonne foi, il nous faudra :

B) Vérifier si cette idée répond aux conditions que doit remplir et réunir la première différence spécifique de la définition expressive du droit. Nous devons en conséquence :

C'est ainsi et aussi que, tandis que *l'arbitre* est invité à statuer « ex fide bona », ce qui fait parler A. Scævola d'*arbitria* caractérisé par ces mots, le juge doit — dans les *actions arbitraires*, c'est-à-dire dans les actions où il a aussi un rôle d'*arbitre* — apprécier la satisfaction y correspondant « ex æquo et bono ».

1° Prouver que la formule, ainsi, et jusqu'ici obtenue, correspond au contenu du droit naturel ;

2° Démontrer que l'idée de bonne foi est une idée spécifiquement juridique, c'est-à-dire qu'elle convient au seul défini et à tout le défini en tant que notion spécifique.

SECTION III

Notions préliminaires sur la notion de bonne foi.

- § 1. Les différents états qui caractérisent la bonne foi. —
§ 2. L'unité de la notion de bonne foi. — § 3. La fonction sociale de la notion de bonne foi.

§ 1. — LES DIFFÉRENTS ÉTATS QUI CARACTÉRISENT LA BONNE FOI.

75. — Cicéron, après avoir trouvé le fondement de la justice dans la bonne foi, définit celle-ci *la sincérité — veritas — dans les paroles et la fidélité — constantia — aux engagements*. Il va même plus loin. Affirmant « le courage d'imiter les stoïciens dans la recherche scrupuleuse » des étymologies, il cherche à établir l'origine du mot *fides* et trouve qu'il dérive du *fit* parce qu'on *fait ce qu'on dit* (1).

Abstraction faite de la valeur scientifique de cette étymologie, l'analyse ou l'explication de Cicéron est fort intéressante. Elle constate le contenu de cette

1. Cicéron, *loc. cit.* « Ex quo quamquam hoc videbitur fortasse cuipiam durius tamen audeamus imitari stoicos, qui studiose exquimut, unde verba siunt ducta, credammusque, quia fit, quod dictum est appellatam fidem ».

notion et établit qu'elle traduit, d'un point de vue interne, un état de cohérence, de concordance, de conformité entre deux manifestations externes d'un même individu, à savoir entre ses paroles et ses actes. Sous cet aspect elle envisage surtout la *fidélité aux engagements*.

Reste cette autre définition, *la sincérité dans les paroles*. Sous ce second aspect, la notion de bonne foi traduit le même état que sous le premier ; seulement, cette fois-ci, la cohérence, la conformité n'est plus entre des paroles et des actes, mais entre ce qu'on pense et ce qu'on dit.

Si on prend en considération que les actes comme les paroles et même les attitudes passives ou le silence constituent toutes des expressions de la pensée, c'est-à-dire sont des manifestations extérieures de celle-ci, on peut généraliser et dire que *l'état de bonne foi consistera dans la conformité établie entre les expressions et la pensée qu'elles traduisent*. Et des termes tels que « franchise », « loyauté », « sincérité », « vérité », ne feront que traduire d'une manière plus ou moins littéraire, cet état de bonne foi dans les manifestations extérieures de l'homme (1).

Mais il peut bien se faire que cette conformité logique et quasi-matérielle existe et que néanmoins

1. V. J. Wertheimer : *Des avantages attribués à la bonne foi relativement aux biens en droit civil*, chap. 1^{er}, sect. II. *Définition de la bonne foi*, p. 29 : « Dans le langage courant on dit que quelqu'un agit avec « bonne foi » lorsqu'il agit avec loyauté, sans arrière pensée de tromperie ou de dol. »

la bonne foi soit absente, ou, inversement, qu'elle soit présente malgré le manque de cette conformité.

Cela arrive dès qu'on considère les manifestations externes non plus en soi, mais comme des moyens pour la réalisation d'une fin quelconque, dès que les manifestations extérieures sont rapportées à un but.

Dans ces cas la conformité matérielle n'est plus suffisante pour constituer ou déterminer la bonne foi : il faudra en outre une conformité idéale entre le but poursuivi et ce que la conscience et le devoir indiquent de poursuivre.

Quant au but poursuivi, il sera *révélé* par l'intention (1) ou l'esprit dans lequel on agit, c'est-à-dire par un état d'esprit du sujet se rapportant aux résultats envisagés. Quant à la conscience et au devoir ils reposent sur la croyance droite et innocente à la correction de la conduite et du but, c'est-à-dire sur un état d'esprit relatif de rectitude (2).

La conformité se rapportera donc dans ces cas à *deux états d'âme ou de conscience*. La bonne foi reposera sur la conformité des deux pensées constituant le délibéré de la manifestation (3). Elle res-

1. Comp. R. Lajoye, *De la bonne foi dans les contraventions*, citant, à la p. 19, Le Sellyer, *De l'intention en matière pénale* : « On entend en général par intention ce à quoi la volonté tend, ce qu'elle a en vue, id ad quod intendit ».

2. Comme le remarque très bien M. Wertheimer, *op. cit.*, *loc. cit.* : « On peut même simplement « être de bonne foi », c'est-à-dire, avoir un état d'âme latent, exempt de tout esprit de fraude. »

3. Comp. la définition de l'intention dans le *Dict. Larousse* : « Dessein délibéré d'accomplir tel ou tel acte ».

sortira de la conformité établie entre la conscience au sens de connaissance et la conscience au sens de croyance, plus précisément entre la conscience de ce qu'on fait et la conscience de ce qu'on doit faire (1). Elle dépendra donc de *l'esprit* qui anime les manifestations, de l'intention qui les préside et s'identifiera avec *la bonne ou la droite intention dans les fins poursuivies* (2), avec l'intention probe.

On comprend ainsi pourquoi Cicéron revient — dans un autre passage du « *De officiis* » — sur la notion de bonne foi, pour affirmer, contrairement à sa première définition, que « la véritable bonne foi repose sur l'intention et non sur les paroles » (3).

Nous allons voir plus tard ce qu'il faut penser de l'appellation de « véritable » que Cicéron donne à la notion de la bonne foi envisagée sous ce dernier aspect (4).

1. Comp. la définition donnée par Le Sellyer, *De l'intention en matière pénale*, article dans la *France judiciaire*, t. I, p. 111-115 : « La bonne foi est l'opinion que l'on avait de la légitimité de l'action commise. »

2. Comp. la définition donnée par les Pandectes Belges et citées par Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, p. 18 : « La bonne foi dans une autre acception, s'entend de la *pureté du mobile*. Cette notion peut donc se décomposer : dans le premier cas elle consiste dans la sincérité ; dans le second cas dans la *bonne intention*. Ce sont les deux faces de la bonne fides ou loyauté, honnêteté ».

3. Cicéron, *De officiis*, L. I, § 13 : « Semper autem in fide, quid senseris non quid dixeris cogitandum. »

4. V. ci-dessous, nos 80 et 133-135. Comp. cependant n° 76.

§ 2. — L'UNITÉ DE LA NOTION DE BONNE FOI.

76. — Pour le moment, il faut observer que sous les deux premiers aspects, dans lesquels la conformité apparaît sous une forme plutôt matérielle ou logique, l'état de bonne foi qui s'y rapporte a un caractère *objectif*, et pourra donc s'apprécier objectivement, tandis que, dans le cas de la conformité idéale, la bonne foi apparaît avec un caractère tout à fait *subjectif*, comme reposant sur des éléments internes et psychologiques : *la croyance et l'esprit ou l'intention* ; son appréciation — par la force même des choses — sera elle aussi subjective et relative.

Bien que nous devons rencontrer encore cette distinction, qui persistera et aura une influence importante dans la compréhension de l'idée de bonne foi et dans ses manifestations apparemment contradictoires, il ne faudra cependant l'exagérer ou se méprendre sur sa signification au point de douter de *l'unité de la notion*.

En effet, si, après avoir analysé les divers aspects de la bonne foi — on les regarde de plus loin et d'un point de vue les dominant toutes, on se rend compte que les deux premières, la fidélité aux engagements comme la sincérité dans les paroles, supposent ou sous-entendent la troisième, la bonne et droite intention, toutes les trois correspondant à un même désidérata et s'inscrivant sous une même injonction, celle de la probité qui commande « l'obser-

vation rigoureuse des devoirs de la justice et de la morale » (1).

Par là, tout en considérant dans son entière signification le côté moral et passif de la notion de bonne foi, on saisit, sous sa diversité apparente, l'unité de cette notion qu'on pourrait définir en conséquence, dans une formule unique : *l'état d'esprit qui résulte de la conformité morale de ses manifestations ou la conformité morale de l'esprit dans ses manifestations* (2).

§ 3. — LA FONCTION SOCIALE DE LA NOTION
DE BONNE FOI.

77. — Mais on doit remarquer que la notion de bonne foi ne peut pas être conçue par rapport à une seule existence, qu'elle suppose au contraire une co-existence et même une coopération. En effet, elle qualifie l'attitude spirituelle d'une personne vis-à-vis d'une autre. Autrement dit, elle présuppose l'existence d'un rapport entre deux personnes, c'est-à-dire qu'elle se présente comme une notion active de création et de fonction sociale (3), qu'elle a une

1. *Larousse*, au mot *probité*.

2. Comp. J. Wertheimer, *op. cit.*, *loc. cit.* : « La bonne foi donc, au sens large, philosophique, mondain pour ainsi dire, désigne un simple état d'esprit conforme à des préceptes de morale. »

3. En effet, on ne peut pas être de bonne foi par rapport à soi-même. Parler de la bonne foi d'un Robinson, d'un homme seul, ce serait inconcevable, car on ne peut parler de la bonne foi d'une personne que par rapport à une autre avec laquelle elle se trouve en relations. Cela apparaît encore plus clairement dans les institutions qui se rapportent à cette notion. C'est ainsi

signification sociale intrinsèque, de sorte qu'on devra la définir : *l'état d'esprit qui conforme la conduite sociale aux devoirs de réciprocité*.

Cette dernière manière de voir concorde avec celle de Cicéron, qui trouve bon et opportun d'analyser et d'insister sur la notion de bonne foi, d'une façon spéciale, dans son étude : *Des devoirs*. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir d'une manière plus ample et plus précise et de fournir des preuves, à l'appui de cette conception caractéristique et spécifique de la bonne foi (1).

Nous nous contenterons pour l'instant, de ces quelques mises au point qui laissent déjà entrevoir la possibilité d'une relation de caractère entre la notion du droit et celle de la bonne foi et nous considérons l'analyse philosophique de cette dernière notion suffisamment menée pour pouvoir passer à la recherche de la notion justifiant l'affirmation de Cicéron quand au fondement de la justice. Nous vérifierons ensuite, par une analyse étymologique de la notion du droit, la légitimité d'une semblable affirmation en ce qui le concerne.

que la promesse qui « enchaîne les hommes pour l'avenir » et qui est fondée sur la notion de bonne foi parce qu'elle établit entre eux ce « rapport qui dure depuis le moment où la promesse est faite jusqu'à celui où elle est accomplie », cette promesse est, comme le dit très bien M. Janet, « un fait éminemment social » ; car je ne puis promettre sans promettre à quelqu'un : ma promesse suppose donc deux termes, c'est-à-dire une société ». (P. Janet, *op. cit.*, No 265 p. 324. Comp. *ci-dessus* pag. 88, note 2.)

1. V. *infra*, nos 81, 90, 93-97 et surtout 126.

SECTION IV

La leçon des siècles sur les notions de la justice et du droit.

§ 1. La justice, l'honnêteté et la bonne foi. — § 2. La notion du droit : sa signification étymologique. — § 3. L'état de conformité et le fondement commun de la justice et du droit. — § 4. Questions à envisager.

§ 1. — LA JUSTICE, L'HONNÊTÉTÉ ET LA BONNE FOI.

78. — Cicéron, dans un passage du *De finibus*, affirme que la justice recherche toutes les autres vertus et que ce concours des vertus — « conspiratio consensusque virtutem » — constitue précisément l'*honestum* : « tale est illud ipsum honestum ». Et il explique, en continuant, que l'honnêteté est, soit la vertu même, soit la chose produite par la vertu : « quandoquidem honestum aut ipsa virtus est aut res gesta virtute. » (1)

L'honestum, l'honnêteté ! Voilà la notion recherchée ! Le passage de Cicéron est assez significatif et nous laisse entrevoir la conception qu'il se faisait sur l'importance de cette notion par rapport à celle de justice et sur le lien qui existe entre elles. Seulement cette conception ne lui appartient pas en propre.

1. Cicéron : *De finibus*, 5 23, 66. Sur l'évolution de l'idée de justice voir G. Del Vecchio, *La giustizia*, Bologna, 2^e éd. 1924. 78 pag. Spécialement pour la matière, voir § III, *La giustizia come virtù universale. Dottrina platonica* (pag. 10-13) et § IV, *Svolgimenti di questa concezioni in Aristotele, nella Patristica, nella Scolastica; sistema del Leibnitz* (pag. 13-21).

En effet, déjà au ^{ve} siècle avant J.-C., Socrate avait considéré la justice, dans son sens dominant de « devoir universel et indispensable » (1), comme une vertu, la vertu de remplir, les autres devoirs (2), de leur être fidèle, la vertu par excellence fondée et même confondue avec la notion d'où dérivent et viennent aboutir toutes les autres vertus, savoir : *l'honnêteté* (3). Elle comprend quatre vertus principales : 1^o *la prudence* ou science de laquelle dérive le bon conseil (4) ; 2^o *la justice* au sens étroit de vertu consistant à s'occuper uniquement de ses affaires, sans entrer pour rien dans celles d'autrui (5), à assurer à chacun la possession de ce qui lui appartient et l'exercice libre de l'emploi qui lui convient (6), en un mot à ne faire de mal à personne ; 3^o *le courage*, cette idée juste et légitime de ce qui est à craindre ou de ce qui ne l'est pas (7) et 4^o *la tempérance* c'est-à-dire la maîtrise de soi (8), l'harmonie établie par la nature, entre la partie supérieure et la partie inférieure (9). A ces quatre vertus correspondent quatre vices : 1^o *l'ignorance* ; 2^o *l'injustice* ; 3^o *la lâcheté* ; 4^o *l'intempé-*

1. V. Platon, *La République ou l'Etat*, dans la traduction de Grou, revue par Saisset, éd. Charpentier. Paris, 1868, liv. IV, p. 214. Com. Del Vecchio, *op. cit.*, § III.

2. *Ibid.*, p. 229-231.

3. *Ibid.*, p. 234.

4. *Ibid.*, p. 206.

5. *Ibid.*, p. 214.

6. *Ibid.*, p. 215.

7. *Ibid.*, p. 209.

8. *Ibid.*, p. 210.

9. *Ibid.*, p. 213.

rance. Quant aux vertus il y en avait encore d'autres secondaires, comme *le respect, la piété, la fidélité, etc...* (1).

C'est cette conception qui inspira Cicéron (2) par l'intermède des stoïciens (3). Et c'est elle qui le

1. *Ibid.*, p. 231.

2. Cicéron, dans son *De officiis* comme aussi dans son *De finibus*, affirme que les quatre vertus principales de l'honnêteté sont : 1^o *la prudence*, de laquelle il ne sépare point la sagesse ou la connaissance, qui est la recherche du vrai, et à laquelle il rattache la bienfaisance et la générosité comme des vertus secondaires ; 2^o *la justice* qui consiste dans le respect du bien d'autrui ; 3^o *la force* dans laquelle il célèbre la grandeur d'âme et 4^o *la tempérance* qui est modestie, modération (L. I. 17-18). Mais il faut remarquer que, à l'égal de ses devanciers (v. Senn, *op. cit.*, p. 8, t. I. citant Aristote, Andronicus de Rodhus et Archytas de Tarente), loin de se contenter de classer la justice parmi les quatre vertus de l'honestum, il la considère, lui aussi, dans un sens plus général, comme équivalente à l'honnêteté, comme fondée sur elle. Ainsi il proclame la justice — in qua virtutis splendor est maximus (*De officiis* I, 7, 20) — : una virtus omnium... domina et regina virtutum (*De officiis*, 3, 6, 28. Voir aussi les citations dans le texte). Du reste, la conception courante de la justice en droit romain, confirme cette manière de voir qui paraît un peu vague et imprécise à cause de l'emploi d'un même terme : justice, dans deux acceptions différentes. Comme l'a très bien fait ressortir M. Senn dans l'étude citée, la justice est considérée en droit romain, comme une vertu (constans et perpetua voluntas habitus animi), qui est à la fois : science (V. Ulpien qui la définit : notitia aequi et boni) art, faculté et volonté (V. Senn, *op. cit.*, p. 9, 12 et suiv.). Or, toutes ces qualifications, tout en constituant le contenu de la vertu en général, correspondent respectivement et d'une façon plus particulière aux quatre vertus principales que nous avons énumérées ci-dessus : la science à la prudence, la volonté à la justice, la faculté de faire au courage et à la force et l'art à la tempérance qui suppose l'harmonie. On saisit ainsi le sens général dans lequel la justice était considérée et envisagée par Cicéron.

3. Spécialement par le philosophe Panetius (Collinet, *Cours*, 1923, p. 298.) Cette conception fut adoptée d'ailleurs, en dehors de la philosophie stoïcienne, par la philosophie d'Aristote et d'Épi-

détermina à considérer la justice comme fondée sur *l'honestum* — « conspiratio consensusque virtutum » — l'honnêteté, cette notion que le droit romain proclame dans son premier précepte : *honeste vivere*.

cure (v. Del Vecchio, *op. cit.*, § IV et V ; Adde. T. Rothe, *L'esprit du droit chez les anciens*, Paris, 1908, p. 135). Le christianisme conservera, lui aussi, dans sa théologie, cette quadruple division (trouvée chez Aristote), à laquelle Saint-Thomas d'Aquin, dans la *Somme Théologique* (II a, III ac qu. 80, art. 1 s.) et à l'exemple de Cicéron (*De inventione* 2, 53, 61) ajoutera, parmi les vertus annexes à la justice, la religion, la pietas, le respect, la vérité, la reconnaissance, la vindication et la libéralité (v. Senn, *De la justice et du droit*, p. 53 et 57). Cette conception constituera ainsi, « la leçon qu'à travers les siècles, la tradition des langues diverses, transmet, précise et redoutable » (Senn, p. 87). En effet, cette leçon s'affirme et persiste aussi de notre temps. Nous aurons du reste l'occasion d'exposer ses créations, ses applications positives indubitables. Pour le moment, nous pensons qu'on doit retoucher l'appellation de quelques-unes de ces quatre vertus principales, de façon à ce que leur présentation, précisant encore la conception d'ensemble, ne laisse plus aucun doute quant à la signification générale de la justice et ne choque pas les habitudes intellectuelles de la pensée moderne. Ainsi, vu que la justice est prise consécutivement dans deux acceptions : l'une générale contenant les quatre vertus, l'autre plus étroite lui permettant d'entrer dans leur énumération, nous croyons qu'il serait plus opportun et plus convenable pour la clarté et pour la compréhension de la conception, d'attribuer à sa seconde signification un autre qualificatif. Nous proposons celui de *probité*, qui est tout à fait propre à remplacer celui de justice, car il désigne justement une vertu qui s'en rapporte à sa dernière signification. Quant à la vertu que Socrate appelle courage et que Cicéron appelle force, elle correspond, par le contenu que ces deux auteurs lui donnent, à la vertu qu'on appelle aujourd'hui la vertu de l'ordre, car c'est elle qui donne « l'idée juste et légitime de ce qui est à craindre et de ce qui ne l'est pas, et c'est elle qui fait la grandeur d'âme comme elle fait la grandeur des États ». De cette manière, les quatre vertus principales, toujours les mêmes quant au fond, sont — avec les retouches apportées : la prudence, la probité, l'ordre et la tempérance.

79. — Honeste vivere cela veut dire — d'après l'explication donnée avec la plus grande précision par les stoïciens (1) — vivre en conformité ou selon la nature, en conformité avec la morale, en conformité avec la raison (2) « secundum naturam vivere, honeste vivere et recta vivere ». C'est ce qu'avait déjà proclamé Socrate, qui nous dit que, plus l'homme est vertueux, plus il se conforme à la nature et à la raison.

C'est donc cet état de conformité de la vie humaine aux lois de la nature, de la raison, de la morale qui constitue l'essence de l'honnêteté. Elle pourra de cette manière être définie, *la conformité de la vie individuelle aux lois morales*.

Mais nous avons vu que l'honnêteté est constituée par le concours des vertus, et les vertus sont « des dispositions constantes de l'âme, qui portent à faire le bien et à éviter le mal » (3). Il s'ensuit qu'elle dépend elle-même de la conscience morale, qu'elle est conditionnée et donc constituée par cette conscience et que, par suite, elle peut se défi-

1. V. Senn, *op. cit.*, p. 41, n° 3.

2. *Ibid.*, *loc. cit.*, citant Stobbé.

3. Voir *Dictionnaire Larousse* au mot *vertu*. La justice, comme toute vertu et en tant que vertu est du reste définie, en droit romain, *habitus animi*. D'autre part, les attributs de toutes vertus sont énoncés par Cicéron dans les *Paradoxes* (3, 1, 22) et dans le *De légibus* 1, 17, 45 : « Sic constans et perpétua ratio vitae, quae virtus est ». Si on considère encore que toute vertu est droite raison (*virtus non aliud est quam recta ratio*) et que cette *recta ratio* est « *ratio arbitra honorum ac malorum* » (Sénèque), on s'aperçoit que la définition moderne n'est que la traduction fidèle et systématisée des anciennes conceptions grecques et romaines. V. Senn, *op. cit.*, p. 11 et suiv.).

nir la *conformité de la conscience aux lois morales*.

Seulement l'honestum est aussi la chose qui résulte de la vertu, là « *res gesta virtute* ». Par conséquent, l'état d'esprit qui correspond ou qui va résulter de cette conformité morale de la conscience et de la vie sera un état d'esprit honnête, c'est-à-dire un état d'esprit qui résulte de la *conformité morale de ces manifestations*. Nous voilà donc ramené à la première définition que nous avons donnée de la notion de bonne foi (1). Celle-ci, sera donc — en tant que notion morale — un aspect de l'honestum. Il en résulte qu'elle ressortira, comme lui, des vertus que nous avons vu le déterminer et principalement de ces quatre vertus qui sont — avec les retouches nécessaires (2) pour une présentation claire et rénovée : 1^o la *prudence* ; 2^o la *probité* ; 3^o l'*ordre*, et 4^o la *tempérance*. Ce qui veut dire que la bonne foi s'appréciera d'après les critères que ces vertus sous-entendent.

80. — C'est ainsi que, sans entrer dans l'étude approfondie de ces quatre vertus et nous contentant de ce qu'elles évoquent ordinairement à l'esprit, nous pourrions énumérer comme des éléments constitutifs de la bonne foi, des notions telles que : 1^o celle de la *diligence* et de la *prudence*, en ce qui concerne la vertu de prudence, notions entraînant logiquement celles de *cas fortuit* et de *force majeure* ;

1. V. ci-dessus, n^o 76, p. 164.

2. V. ci-dessus, p. 168, note 3, *in fine*.

2° relativement à la vertu de probité, celle *d'intention droite* qui implique l'absence du dol et de la violence, et celle *d'innocence*, qui entraîne l'absence de doute et suppose *l'ignorance* correcte, justifiée, et *l'erreur*; 3° pour la vertu de l'ordre, celle de *licéité* et de *légitimité*, et enfin 4° pour la vertu de tempérance, celle de *rationalité* et de *relativité*. Au contraire, des notions telles que celles qui correspondent à *l'imprudence* et à *la négligence* (fautes), à *l'intention nuisible* (mauvaise foi), à *l'illicite* et à *l'abus*, vicieront et finiront par exclure l'état de bonne foi.

Nous interrompons pour le moment ces précisions que nous avons dû intercaler ici, bien qu'elles devancent la suite logique de notre étude. Elles empiètent sur cette place pour ouvrir une perspective significative sur les recherches que nous aurons à entreprendre par la suite. Nous nous réservons donc de compléter plus loin ces précisions, que nous avançons ici d'une manière empirique, et de les justifier avec tout le développement que comporte leur application juridique.

81. — Mais, du moment qu'on arrive à reconnaître dans la notion de bonne foi un aspect de l'honestum — l'aspect le plus caractéristique et le plus important parce que marquant et se rapportant à la constitution et aux effets de celle-ci, s'appréciant en outre d'après les mêmes critères — on peut aisément entreprendre l'explication de l'affirmation

de Cicéron, concernant le fondement de la justice.

En effet, une fois qu'on considère la justice constituée par le concours des vertus, c'est-à-dire comme fondée sur l'honestum, on doit logiquement l'envisager sous l'aspect de la *conformité aux lois morales* (1). L'identité de signification des trois notions : honnêteté, justice et bonne foi est dès lors établie. Toutes ces trois notions gravitent autour de l'idée de *conformité morale*. C'est cette idée qui constitue le trait d'union sur lequel Cicéron a pu passer, pour affirmer que la justice a pour fondement la bonne foi.

Reste à expliquer le motif pour lequel il s'est décidé à le faire, à voir pourquoi il a préféré affirmer le fondement de la justice dans la bonne foi plutôt que dans l'honnêteté.

Pour cela il faut observer que la justice a été considérée par Socrate (2), par les stoïciens et par Cicéron, comme une vertu toute entière relative à autrui (3), ayant pour but d'assurer la société des hommes entre eux et la vie commune (4), autrement

1. Comp. Toullier. Cet auteur définit la justice, « *la conformité de nos actions et de nos volontés à la loi* ».

2. Seulement Socrate emploie le mot justice, quand il s'agit de rapports avec les hommes et il réserve le mot piété, quand il s'agit de rapports avec les dieux (V. Senn, *op. cit.*, p. 35, n. 1).

3. V. Senn, *op. cit.*, p. 43 et n. 1, où l'auteur cite un passage d'Aristote, dans lequel celui-ci pose la question de savoir s'il est possible de dire que quelqu'un peut se faire injustice à lui-même et il répond par la négative. Dans le même sens, les citations de Chrysippe et de Plutarque.

4. *Ibid.*, p. 46. La justice est d'après Cicéron (*De officiis*, I, 7, 20) l'une des deux parties de la « *ratio qua societas hominum, inter ipsos et vitæ quasi communitas continentur* ».

dit, comme une notion de caractère nettement et spécifiquement social (1). Il fallait donc, de toute nécessité, baser la justice sur une notion tenant de ce caractère (2). C'est pour répondre à cette exigence et pour mettre en évidence ce caractère *social*, que Cicéron a proclamé le fondement de la justice dans la bonne foi, cette dernière notion ayant, comme nous l'avons déjà signalé (3), une signification sociale intrinsèque, pleinement évidente.

1. Cette conception persiste et se retrouve chez les auteurs modernes. Voir en ce sens R. Capitant, *L'illégitime*, t. I, p. 174, n.1 : « Hors les positivistes, les auteurs admettent que la notion du juste est une notion juridique et non morale. Une attitude individuelle n'est pas juste, ni injuste, c'est une attitude sociale qui est juste ou injuste. C'est dans la société qu'on doit faire régner la justice. Dans l'individu, l'ordre idéal est l'ordre du bien, non l'ordre du juste. » Nous ajouterons seulement que l'idée du juste, tout en se réalisant sur un plan social, se rattache à un plan de construction morale. Comp. Del Vecchio, *op. cit.*, § VIII, p. 46-48.

2. Cicéron a très bien senti cette nécessité. En effet, dans le passage cité du *De finibus* (5, 23, 64 à 65), où il cherche à établir les rapports entre l'honestum et la justice, après avoir constaté que toutes les vertus, comme aussi l'honnêteté qui en résulte, doivent être recherchées pour elles-mêmes (*per se esse expetendum*), c'est-à-dire à un point de vue idéal et moral ou individuel, Cicéron affirme que, pour pénétrer le sens de cet honestum — qu'il trouvera quelques lignes plus loin à la base de la justice — il est de toute importance de se souvenir de l'union qui existe, entre les hommes, de cette sorte de société et de communication des avantages de l'amour du genre humain : « nihil est tam illustre nec quod latius pateat quam coniunctio inter homines hominum et quasi quædam societas et communicatio utilitatum et ipsa caritas generis humani. » Et ce n'est seulement qu'après avoir ainsi envisagé l'honestum, à un point de vue social, que Cicéron parle de la justice « qui maintient la société des hommes » et cherche à expliquer les rapports entre ces deux notions. Seulement l'aspect social de l'honnêteté est constitué justement par la notion de la bonne foi, que Cicéron choisira, pour ce motif, pour exprimer le fondement de la justice.

3. Voir ci-dessus, n° 77.

82. — Ainsi se justifie l'affirmation de Cicéron. Cette justification reste valable et autorise l'affirmation de Cicéron d'une manière tout à fait générale. Car la justice s'est présentée et se présente toujours *comme un état de conscience qui conforme la conduite sociale aux devoirs de réciprocité* (1).

Mais cette dernière formule se trouve être identique à la deuxième définition que nous avons donnée de la bonne foi, considérée sous son aspect actif et social (2). La formule de la justice est donc basée sur celle de la bonne foi et, dès lors, toute affirmation proclamant le fondement de la justice dans la bonne foi est par là même suffisamment prouvé.

Par là, notre recherche est terminée relativement à la justice et à l'affirmation de Cicéron la concernant. Nous pourrions donc passer à l'analyse étymologique de la notion de droit pour vérifier si la notion de l'honnêteté, qui autorise à fonder la justice sur la bonne foi, peut légitimer, par sa présence sémantique, une pareille et semblable affirmation en ce qui concerne le droit.

1. Comp. ci-dessus, p. 165, n° 77. Voir à ce sujet Gény, t. II, n° 171, p. 392 : « ... Le principe essentiel (du juste) objectif semble se représenter à l'esprit en l'idée d'un ordre, d'un équilibre, établi suivant une pensée d'harmonie, moral dans sa substance externe dans ses manifestations, fondé sur les conditions effectives de la vie de l'homme en société. »

2. Voir note 3, p. précédente.

§ 2. — LA NOTION DU DROIT;
SA SIGNIFICATION ÉTYMOLOGIQUE.

83 — Si nous passons maintenant au mot « droit », qui a son correspondant dans presque toutes les langues modernes (1), nous constatons qu'il dérive, d'après certains auteurs, du latin *dirigere* (diriger) qui est lui-même un composé de *regere* (gouverner) d'où *directum*, *dricum*, *droict*, *droit* (2). D'après d'autres auteurs il dériverait, plus exactement, du latin populaire *drectum* (pour *directum*), adjectif employé substantivement, qui a remplacé d'abord le latin classique *rectum*, puis *jus* et dont l'origine lointaine est dans le sanscrit *drivà* (3). Il signifie, d'après les premiers, « ce qui dirige », ce qui mène au but assigné (4); d'après les derniers, ce qui est conforme à la ligne droite, ce qui est ordonné, symétrique (5).

1. « Diritto » en italien; « derecho » en espagnol; « right » en anglais; « rett » ou « rott » en scandinave; « recht » en allemand; « dreptul » en roumain.

2. Charles Beudant, *op. cit.*, p. 25.

3. Hantzfeld, Darmsteter et Thomas, *Dictionnaire général de la langue française*. V. au mot *droit*.

4. V. note 2, *supra*.

5. Stephen's *commentaries*. Introduction, sect. I: *The nature and study of the law*: « ... in its oldest use, the word « right » appears to stand for that which is orderly, straight, symmetrical, or, as we might say « direct ». We have a hint of this use of the curious expression « right angle », meaning an angle, formed by the crossing of straight lines which, if produced, will divide the circle into equal parts, and so produce an orderly, symmetrical result. Probably the reference was originally to purely physical substances — a flock of sheep walking in an orderly manner, a row of horses properly aligned. But in ultimately came to have what we call an ideal significance, i. e. to mean something which, in the opinion of the speaker, ought to be striven for and attain-

Ce qui est sûr, c'est que le latin *rectus* signifiait « droit, honnêteté » et le sanscrit *rīgrus* « droit, sincère », d'où le gothique *raihts* « bien », l'allemand *recht* et l'anglais *right* : « droit » (1). De sorte qu'on peut affirmer que dans toutes les langues aryennes comme dans beaucoup d'autres, les notions du droit se lient à celles de rectitude, la ligne droite étant regardée comme le symbole de l'honnêteté (2). D'ailleurs, du sanscrit *dharmā*, qui dérive lui-même de la racine *dhṛ*, *dhṛ* : ce qui est établi comme règle invariable et qui signifie loi, coutume, justice, ordre, devoir, vertu, piété, dérivent aussi *dhārmā*, coutume

ned. A very curious example of this is the use of the phrase, « right hand » which probably, originally only meant the hand in fact used for reason of convenience, on most important occasions, but which by reason of this fact acquired a notion, of dignity or skill manifested in the expression « right-hand-man » or in the complimentary term « dexterous » from the latin *dextra* (right hand) ». Comp. *Larousse* : droit, droite, signifie qui va sans déviation, sans écart d'un point à un autre.

1. Bréal, *Dictionnaire étymologique latin*, au mot *regere*.

2. Pictet, *Les origines indo-européennes*, t. III, p. 140 à 150. C'est ainsi que du sanscrit *rgu*, droit au physique et au moral, dérivent *rguta*, droiture honnêteté et *rugyu*, honnêteté. Comp. Le Fur. *Le droit naturel*, p. 22 : « Le mot droit vient du mot latin *directum*, qui évoque une idée de rectitude... Tel est également le sens que lui attribuent les dictionnaires faisant autorité. Littré indique ce sens en premier lieu : Le droit c'est d'abord « ce qui est droit, ce qui est fondé sur la rectitude du sens et du cœur » ; et ce n'est qu'ensuite qu'il le définit : « ce qui est conforme à la loi ». Comp. *Larousse* au mot *droit*. « Droit au figuré : suivre la ligne droite, se conduire très loyalement, n'avoir recours à aucun expédient. Droite voie, droit chemin, voie de l'honneur et de la vertu ; synonyme, droit loyal, vrai. L'homme droit a des intentions pures, agit sans détour, ne cherche jamais à tromper. » Voir aussi *droiture* qui, d'après Pastour, est une rectitude d'esprit et de cœur qui fait qu'on cherche en tout le vrai.

usage ; *dhîra*, ferme, fort ; *dhrti*, fermeté, constance, *dhrtvan*, vertu, moralité (1).

Le sanscrit *driva* qui, comme nous l'avons vu, est considéré comme l'ancêtre lointain du droit, est de la même famille et fait philologiquement suite à cette filiation ; en conséquence, il a dû avoir, à peu près la même signification de « moralité », de « vertu générale », d' « honnêteté ».

De cette analyse étymologique il ressort avec évidence, que la notion du droit a désigné toujours, dans un sens fondamental, que traduisent les notions de certitude et d'honnêteté, *un état de conformité morale*, le même que celui qui définit la notion de justice.

84. — Seulement, à la différence de la justice, qui relève plutôt de la conscience, le droit — pour des causes qui restent à être précisées, mais qui dérivent de l'empreinte ou de la greffe politique qu'il a subie — se rattache aussi à la raison (2). C'est ce qui fait que sa notion présente, en plus du sens fondamental que nous avons constaté ci-dessus, un sens particulier qu'expriment des notions que nous avons rencontrées à côté ou côtoyant celles du *devoir*, de la *rectitude*, de l'*honnêteté*. Or, ces notions juxtaposées, qui ont une signification politique, soit natu-

1. Pictet, *op. cit.*, p. 139, § 322.

2. Comp. Pillet : « Le droit c'est la réalisation sociale de l'idée de justice et l'idée de justice relève de la conscience plus que de la raison » (*Princ. de dr. internat. privé*, 1903, p. 2. Cité par M. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 10, n. 6).

relle et évidente (comme celle de *diriger* et de *gouverner*, qui correspondent au latin *dirigere*), soit tout au moins empruntée ou sous-entendue (comme celles de *règle invariable*, d'*ordre*, de *loi*, de *coutume* et d'*usage*, qui traduisent les sanscrits *dhr*, *dhar*, d'*harma*), ces notions, disons-nous, se rapportent à la raison.

Cette particularité ne doit pas choquer. Il faut simplement nous rappeler que, parmi les vertus de l'honestum, il y a la vertu de l'ordre.

Il est vrai que cette vertu, qui est la traduction moderne de l'ancienne vertu du courage (conception de Socrate), ou de la force (conception de Cicéron), constitue, en tant que notion physique, l'élément caractéristique et spécifique de la politique. Néanmoins, comme notion morale, elle entre dans le concours des vertus qui constitue l'honestum et, comme la notion du droit est liée originellement à celle de l'honnêteté, il s'ensuit qu'elle ne peut être étrangère à celle de l'ordre (1). Si cependant cette dernière s'affirme avec plus de vigueur (2),

1. Comp. M. Hauriou (*L'ordre social la justice et le droit* dans la *Rev. trim. de dr. civil*, année 1927, p. 795 et suiv.): « Le droit est une sorte de conduite qui vise à réaliser à la fois de l'ordre social et de la justice » (p. 820).

2. *Ibid.* « Ces règles (les règles de droit) tendent à redresser les relations politiques et économiques, de façon à les ramener à ces deux coordonnées, dont selon une observation déjà faite, l'ordre social est pratiquement la plus importante... L'examen du droit positif d'un peuple quelconque confirme la vérité de ces remarques. La matière des règles d'un code est faite de relations sociales ordonnées entre elles, en vue d'une certaine structure. L'élément de structure, d'organisation et de coordination

cela peut très bien s'expliquer d'une autre façon, que voici.

85. — Les quatre vertus de l'honestum marquent quatre moments caractéristiques de l'activité humaine où l'honnêteté peut être exigée : 1^o la probité : le moment de *l'initiative* ; 2^o la prudence : le moment de *la mise en œuvre* ; 3^o la tempérance : le moment de *l'exercice*, 4^o l'ordre : le moment de *la réalisation*.

Maintenant, si pour certaines notions qui se fondent sur l'honestum, l'accent tombe d'une manière plus particulière sur l'une de ces quatre vertus, c'est que ces notions sont conçues en elles-mêmes d'une manière qui se rapporte notamment à l'un de ces quatre moments. C'est ainsi que la justice, qui a subi l'empreinte morale, étant conçue surtout comme une faculté interprétative (1), a en-

est beaucoup plus apparent que l'élément de justice. Il est exact aussi que dans cet élément de structure sociale, se glisse assez fréquemment de l'arbitraire et de la fantaisie, par exemple dans les opérations formalistes. L'ancien droit romain, dans ses actes obligatoires et dans ses procédures d'action légales, ne manquait pas de ces éléments arbitraires qui sont loin de se retrouver dans l'ancien droit de tous les peuples. Il y a place là pour des vues aristocratiques ou nationalistes. » — Si nous citons cette dernière partie relative au formalisme, c'est parce que nous aurons l'occasion d'y revenir ; nous faisons seulement pour le moment toutes nos réserves sur le sens et la signification de « l'arbitraire et la fantaisie » des opérations formalistes.

1. Comp. Hauriou, *loc. cit.*, p. 803 : « La justice ne se réalise vraiment que par des décisions particulières en des cas d'espèce ; peu de règles générales sont complètement justes parcequ'elles traitent de même des espèces très différentes.

traîné un renforcement de la première vertu, qui lui a valu la dénomination même de justice, prise au sens étroit (1). Au contraire, le droit, subissant l'empreinte politique, a été conçu surtout comme une faculté directrice ou régulatrice (2), ce qui a entraîné le soulignement de la dernière vertu, celle de l'ordre (3).

De cette sorte, *l'état de conformité morale*, que désignait primitivement la notion de droit, devint *un état de conformité à des règles établies*. C'est dire, que le point de vue changea : de subjectif et individuel, il devint objectif. C'est pourquoi M. Lalande, après avoir fait, dans une introduction critique, un exposé savant de l'analyse étymologique de la notion du droit (4), conclut — sous la forme d'une défini-

Pour les ramener à la solution juste, il faut la sentence d'un juge, adaptant la règle à l'espèce. Les règles générales et, par conséquent, les lois sont instruments d'ordre social plutôt que de justice. » V. note 1, p. 179.

1. C'est ce qui explique la confusion et l'hésitation de l'ancienne conception.

2. Comp. Hauriou, *loc. cit.*, p. 820 : « L'influence de l'ordre social sur le droit se traduit par des prescriptions intellectuelles parfois arbitraires, tandis que l'influence de la justice agit toujours dans le même sens naturel, qui est celui de la conscience et du cœur. Voir aussi *ci-dessus*, note 1, p. précédente. D'ailleurs une distinction absolue est difficile à faire car, comme le remarque M. Hauriou : « L'ordre social est déjà mêlé de quelque justice, de même que les réformes de justice apparaissent mêlées de systèmes d'organisation sociale (*loc. cit.*, p. 799).

3. *Ibid.*, p. 803. « Quant à l'ordre social, nous le définirons comme étant une entreprise de stabilisation de l'Etat social par une structure équilibrée. »

4. Voici la partie principale de cet exposé : « Droit est une métaphore géométrique, qui se trouve en grec (δρῶς), en latin et dans les langues dérivant du latin, dans les langues germaniques

tion — qu' « un droit, ou encore ce qui est droit, est ce qui est conforme à une règle précise, et que, par suite, il est légitime d'exiger » (1).

§ 3. — L'ÉTAT DE CONFORMITÉ ET LE FONDEMENT COMMUN
DE LA JUSTICE ET DU DROIT.

86. — C'est donc *l'état de conformité* qui constitue la caractéristique formelle de l'idée du droit comme de celle de justice. Cela est si vrai que M. Lalande définit à son tour, le juste, comme ce « qui est *conforme à un droit*, soit naturel, soit positif » (2).

Mais il ne faudrait pas croire que ce changement de point de vue entraîne un changement de conception, autrement dit que la conformité objective, la conformité à la règle, soit une conformité indépendante de l'exigence morale, une conformité pure et simple, une conformité amoral. Non, car, comme l'a fait très justement remarquer M. Lalande, il y a

et même dans les langues sémitiques... Le sens fondamental paraît donc être celui de conformité à une règle (remarquer l'identité de racine entre *rectum* et *régula*). Être dans son droit, c'est ne pas être en désaccord avec la règle, être en règle. Le droit à cet égard est donc d'une façon générale, « ce qui doit être ou ce qui peut être légitimement, par opposition à ce qui ne doit pas être. L'adjectif anglais *right* conserve ce sens dans toute son étendue (ligne droite, action juste, pensée vraie, bon principe artistique, *the right men in the right place*); conf. l'allemand *recht, gerecht, richtig* » (Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, p. 179).

1. Lalande, *op. cit.*, *loc. cit.*

2. *Ibid.*, p. 406. Derôme disait aussi que « la justice dans la société civile peut être définie la conformité de nos actions avec les lois civiles » et ajoutait-il, « rendre la justice, c'est déclarer cette conformité » (Derôme, *De la loi...*, p. 127).

identité de racine entre « rectum », rectitude, honnêteté, et « regula » : règle ; autrement dit, la règle est, de par sa nature, morale ; elle a donc — tout au moins et jusqu'à la preuve contraire — une présomption de moralité en sa faveur, et la conformité objective en bénéficie.

La conformité à la règle, ce n'est donc que la conformité morale établie d'une manière sociale, car, en cette matière, la subjectivité est de nature individuelle et l'objectivité de nature sociale. *L'état de conformité sociale*, voilà donc l'état du droit.

87. — On voit donc que l'analyse étymologique nous place dans la même atmosphère ambiante, dans le même milieu d'idées que celui qui enveloppe la signification philosophique de la justice(1) et dont la no-

1. L'étymologie du mot *justitia* qui dérive de *jus*, nous conduit d'ailleurs à la même conclusion. En effet, le mot *jus* — ancien latin *jous* et chef de la famille des dérivés — loin de venir de *jubeo* (ce qui serait, d'après M. Bréal, expliquer l'antécédent par le conséquent, car *jubeo*, en dépit de sa voyelle brève et de la différence de conjugaison, est composé de *jus habeo*), nous disions le mot *jus* trouve au contraire son correspondant dans le sanscrit le plus ancien, ainsi que le zend, *jaus* (Bréal) et le védique : *γός* (Pictet). [On trouve aussi en chinois le mot *jo*, qui est la même chose que *jou* (comme), et qui signifie « conforme » (voir ci-dessus n° 115, p. 162, n. 1)] . Ce correspondant très archaïque figure ordinairement associé au mot *çam*, qui marque l'idée de bénédiction : *çam jos* ou *çam ca jos ca* est une formule qu'on emploie pour appeler sur quelqu'un le pouvoir et la protection des dieux (Bréal) ; il figure ordinairement comme exclamation : salut ! (salus). Or, si on pense que le salut antique consistait à lever la main droite et à la tenir d'une façon droite et si l'on tient compte qu'on ne pouvait invoquer le pouvoir et la protection des dieux ou obtenir leur bénédiction que si l'on était pur (ce serait aussi le sens du zend *jaos*, dans l'Avesta, sens ap-

tion centrale et représentative est la notion d'honnêteté. C'est cette notion qui constitue le fondement de la justice et du droit. Mais bien que le sens traditionnel soit évident et que l'énumération des Institutions affirme catégoriquement l'honnêteté comme le premier précepte du droit, le scepticisme moderne hésite à le reconnaître comme tel, préférant — au nom d'un prétendu péril, qui résulterait de la confusion du droit avec la morale — laisser le champ libre à ceux qui, dépourvus de scrupules, confondent le droit avec la politique et, ce qui est pire, avec la notion propre à cette dernière discipline : la force.

puyé par *ya ozdā* ou *ya odjā* : purifier, *yaosdāo*, *yaojdāiti* : purété, purification), c'est-à-dire que si l'on avait le cœur droit ou plus simplement si on était honnête, on se rend compte de la signification du salut, imitant la ligne droite pour montrer d'une façon visible et symbolique la droiture de l'âme et pour obtenir ainsi la protection des dieux. Bien mieux, on comprend la signification du *jus* romain, signification correspondante à celle du mot droit. Cette explication paraît d'ailleurs être confirmée par le fait que le *jus* n'est pas dépourvu d'une couleur religieuse : son dérivé, *juro*, jurer, le prouve ; or jurer, c'est affirmer d'une manière solennelle la vérité d'une chose passée, la réalité d'une chose présente, la certitude d'une chose à venir, c'est-à-dire la rectitude de ses dires, en invoquant un témoin regardé comme sacré, à l'aide de ce geste qui consiste à placer le bras droit tendu d'une manière droite, en ligne droite. On comprend donc le choix du mot *jus* pour exprimer le droit, surtout en ces temps où le symbolisme était tout puissant. Pour plus de détails, voir Bréal et Pictet. Comparer Senn, *op. cit.*, p. 25, n. 1, citant Ihering, qui suit Pott, d'après lequel *jus* est : le lien, de la racine sanscrite *ju* : lier. Cette dernière étymologie est, comme le montre M. Senn, adoptée dans tous les récents travaux étymologiques allemands. Du reste, la signification de ce geste — constituant le salut, l'invocation, le serment, peut être rapprochée de cet attribut humain qui est la station droite, attribut qui marque l'avènement d'une vie supérieure, d'une vie qui nie la ruse animale et affirme la sociabilité.

Du reste la notion d'honnêteté contraste tellement avec ce qu'on s'est habitué à comprendre par le mot droit, qu'en face d'un article de M. Donati, ayant pour objet justement de fonder le droit sur le premier précepte des Institutes (1), M. Giuseppe Capograssi, s'exclame avec sarcasme mais aussi avec tristesse: « Il Donati... tratta un tema singolare, l'*honeste vivere* come precetto del diritto, e si sforza di dimostrare l'onestà, comme presupposto del diritto: singolare argomento in tempi in cui nella scienza, non diciamo nella vita! non solo l'idea ma perfina la parola onestà sembra uscita fuori dell'uso (2). »

Néanmoins, la vérité scientifique est — tout au moins en partie — du côté de M. Donati. Nous croyons l'avoir suffisamment montré au point de vue étymologique; nous le prouverons aussi au point de vue philosophique.

Mais, une fois établie, l'identité de fondement philosophique entre la notion de la justice et celle du droit, la possibilité d'un fondement logique commun entre ces deux notions se trouve démontrée. Et comme nous avons accepté, comme vraie et valable, l'affirmation de Cicéron en ce qui concerne le fondement de la justice, il en résulte que ce fonde-

1. B. Donati: *Il primo precetto del diritto*: « *vivere con onesta* », dans *Archivio giuridico* « *Filippo Seraphini* », avril 1926.

2. G. Capograssi, *Honeste vivere. Note et discussion*, dans *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, octobre-décembre 1926, p. 558.

ment — la notion de bonne foi — sera aussi le fondement du droit.

Seulement, comme le fait observer M. Cuche : « le droit étant un ensemble ou, mieux, un système d'impératifs, doit procéder d'une autorité à qui l'homme ne puisse refuser la puissance de commander (1). Or, l'autorité du droit résidant dans son fondement, il nous faut chercher si la notion de bonne foi constitue une autorité suffisante pour fonder le droit, et voir en quoi cette autorité consiste, sur quoi elle est basée.

§ 4. — QUESTIONS A ENVISAGER.

88. — Il nous reste — étant donné que nous avons reconnu dans la bonne foi un aspect de l'honnêteté :

1^o A chercher sur quoi cette dernière notion fonde son autorité, sa puissance de commander aux hommes, de s'imposer, d'être obéie ;

2^o A l'analyser par rapport à la notion du droit pour montrer en quoi cette autorité se trouve accrue, en ce qui le concerne, du fait qu'on envisage son fondement sous l'aspect social de l'honnêteté : la bonne foi.

Et comme nous avons constaté que c'est justement cet aspect social qui impose la notion de bonne foi, par préférence à celle de l'honnêteté, nous tâcherons de mettre en évidence la constance de la tradition sur ce point. Nous expliquerons en-

1. Voir le très intéressant article de M. Donati, cité ci-dessus.

suite le processus intellectuel qui, actuellement, — dans les formes modernes d'organisation étatique et de pensée juridique — autorise et justifie l'affirmation du fondement du droit dans l'idée de bonne foi.

Une fois ces questions élucidées, il nous restera à aborder la justification de l'emploi de cette idée dans la définition expressive du droit par la vérification des conditions logiques que la première différence doit remplir, en tant que caractérisant le droit naturel et en tant que notion spécifique de l'idée du droit.

SECTION V

La bonne foi, fondement du droit.

§ 1. Vérité morale et vérité juridique. — § 2. Le fondement de la notion d'honnêteté, envisagée sous l'aspect d'une vérité naturelle. — § 3. L'honnêteté, fondement du droit naturel. — § 4. La notion de bonne foi, critère de la vérité sociale. — § 5. La notion et l'idée de bonne foi constituent le contenu de l'élément représentant le fondement du droit. — § 6 La formule du droit naturel.

§ 1. — VÉRITÉ MORALE ET VÉRITÉ JURIDIQUE.

89. — Nous avons vu (1) que la notion de l'honnêteté s'analyse dans un état de conscience, résultant de la conformité existant entre la vie humaine et la morale, — nous précisons, — dans un état de conscience résultant de la conformité entre l'affirmation individuelle et la vertu (2), en tant que cette der-

1. Voir ci-dessus, n° 79.

2. Comp. *Dictionnaire Larousse* : « *Honnêteté* : qualité de ce qui est conforme à l'honneur, à la probité, à la vertu. » Voir

nière exprime l'aspect rationnel de la morale (1). C'est dire qu'elle s'affirme comme une tendance de la conscience qui se dirige vers la réalisation du bien (2). Elle est donc une notion qui exprime une *vérité morale*, la vérité consistant justement dans la « conformité de l'objet et de l'intelligence » (3), l'in-

aussi *Dictionnaire Littré* : *Honnête* : qui se conforme à la vertu, à la probité ».

1. Comp. Cicéron. *De legibus* 1, 17, 45 : « ... sic constans et perpetua ratio-vitæ quæ virtus est »; adde Paradoxa, 3, 1, 22 : « Una virtus est consentiens cum ratione et perpetua constantia. »

2. Comp. l'analyse de l'honnêteté faite par M. Donati (*loc.cit.* p. 160 à 161) : « Vi deve essere in conclusione, à costituire l'onestà anzi tutto una attitudine alla verità, nella parola e nell'atto che si chiama insieme veracità et sincerità, e poi più precisamente una coerenza intrinseca tra la parola e l'atto o, in genere, tra il vero et il fatto... presupposti formali completati per una propensione verace verso la realizzazione del bene, che con una parola si denomina probità ».

Nous ferons seulement remarquer que cette analyse correspond d'une façon plus particulière à l'aspect de l'honnêteté, qui est la bonne foi (comparez ci-dessus, n° 75 et 79, l'analogie avec l'analyse que nous avons faite de cette dernière). Et, bien que la bonne foi soit un aspect de l'honnêteté, il n'en est pas moins vrai que c'est cet aspect que Donati analyse plus spécialement — d'ailleurs d'une manière légitime — et c'est sur lui qu'il insiste, sans du reste s'en rendre compte, accaparé qu'il est par l'autorité et le rayonnement du précepte romain. De sorte qu'il n'aperçoit pas l'importance d'une distinction à faire dans les aspects de l'honnêteté, distinction conduisant à l'heureux passage et à l'utile précision, effectuée à profit par Cicéron.

Cette remarque reste vraie pour tout l'article de M. Donati et, en conséquence, pour les autres citations que nous allons y puiser. En ce qui concerne le passage cité ci-dessus, ce n'est que dans les avant-derniers éléments, dans cette « propension vers la réalisation du bien », que M. Donati analyse d'une manière spécifique mais incidente, cette notion morale par excellence, qui est la notion de l'honnêteté envisagée sous son aspect subjectif et individuel.

3. « Veritas est adequatio rei et intellectus. » Saint Thomas *Quaest. disp.* de Veritate, L. I. 2, 2, coll. a, I, cité dans Lefebvre,

telligence étant ici envisagée à un point de vue moral, sous la forme des vertus.

Mais, telle que nous l'avons analysée, la notion de l'honnêteté se rapporte à la vie individuelle et plus précisément à son aspect individualiste, car elle s'occupe de cette vie en elle-même et pour elle-même (1). Or, le droit présente un aspect social qui demande un autre critérium d'appréciation que celui strictement individuel.

En effet, la vérité morale, c'est la vérité du signe extérieur qui traduit notre pensée en tant que pensée individuelle, c'est la conformité « signi ad significatum » (2). Et le critère du droit doit se rapporter à l'affirmation individuelle en tant que liée à d'autres affirmations individuelles s'y référant. Car,

op. cit. p. 162. Comp. Juarez : *Disputationes metaphisicae*, disp. VIII proemium : « Supponimus, ex communi omnium consensu, veritatem realem consistere in adequatione quadam seu conformitate inter rem et intellectum, sive sit conformitas intellectus ad rem, sive rei ad intellectum. »

1. V. Janet, *op. cit.*, n° 503, p. 628) : « En un mot le bien moral consiste pour l'homme à devenir vraiment homme, c'est-à-dire une volonté libre guidée par le cœur, éclairée par la raison. Le bien moral prend différents noms, selon les rapports que l'on considère. Par exemple, lorsqu'on a surtout pour objet l'homme individuel dans ses rapports avec lui-même, le bien devient ce qu'on appelle proprement l'honnêteté, et a surtout pour objet la dignité personnelle. »

2. Lefebvre, *op. cit.*, p. 162 et suiv. distingue plusieurs catégories de vérités, à savoir : « 1) la vérité métaphysique qui est la conformité de l'être créé à l'intelligence divine : est adequatio rei ad intellectum divinum ; 2) la vérité logique, qui est la conformité de la connaissance avec son objet : est adequatio intellectus ad rem intellectum ; et 3) la vérité morale, qui est la conformité du signe extérieur à la pensée ou à la chose qu'elle signifie. »

ce que nous cherchons, c'est *la vérité juridique* qui ne peut être qu'une *vérité sociale, une vérité de relation ou de rapports* pouvant être définie comme la conformité de l'affirmation individuelle à ce qu'on est convenu d'y voir à un point de vue social, c'est-à-dire comme « *l'adequatio signi ad consensum.* »

90. — Cette vérité juridique, nous la devinons : c'est *la bonne foi*, cette notion que nous connaissons déjà comme l'aspect social de l'honnêteté. En effet, la notion de la bonne foi, tout en participant du caractère moral de l'honnêteté, représente plutôt *une attitude sociale*, consistant à ne faire de mal à personne (*neminem laedere*) et à rendre à chacun ce qui lui appartient (*suum cuique tribuere*), qu'un élan moral poursuivant la réalisation du bien pour lui-même ; plutôt une inclination à perfectionner et à perpétuer les relations sociales, à rendre l'homme plus supportable à l'homme (1), qu'une qualité intrinsèque de l'âme humaine conditionnant son parfait achèvement. Cela ne veut pas dire, cependant, que *la bonne foi représente une notion passive et l'honnêteté une notion active*. Non ! cela signifie seulement que, tandis que l'activité qui correspond à la tendance de l'honnêteté, a un caractère moral, individualiste, le dynamisme de la bonne foi est de nature sociale. La bonne foi suppose donc l'honnêteté, mais ne se confond pas avec elle, ni par son point de départ,

1. G. May, *Introduction à la science du droit*, chap. II, *Le domaine du droit*, p. 11-12.

ni par ses buts : l'une, l'honnêteté, réside dans la poursuite du bien, pour lui et pour l'intérêt moral ou la perfection de l'individu ; l'autre, la bonne foi, réside dans l'observance et la poursuite du bon ou de l'utile, en vue de maintenir les relations sociales et de rendre ainsi possible l'état de société civile.

Il n'en reste pas moins vrai que la bonne foi est un aspect de l'honnêteté, l'aspect qui s'analyse dans un état de conformité interne entre le contenu de la conscience ou de l'âme et l'attitude de l'esprit par rapport à une situation donnée (1). C'est dire que cet aspect s'analyse dans un *état de conformité rationnelle*. Mais, envisagée à ce point de vue l'honnêteté se distingue — tout au moins dans le sens strict — de la vérité morale : elle perd le caractère de moralité (2), ce caractère qui lui donnait cependant l'autorité nécessaire pour s'imposer aux hommes et pour fonder le droit. Quel est alors l'équivalent de cette vérité morale qui peut légitimer l'autorité de cet aspect de l'honnêteté correspondant à la bonne foi ? Et tout d'abord existe-t-il ? Et, s'il existe, quelle peut bien être sa nature ?

1. V. ci-dessus nos 75-76.

2. Comp. Donati, *loc. cit.*, p. 164. En effet M. Donati trouve (sous le bénéfice de l'observation faite par nous dans la note 2 de la page 188) que «... altro è onestà e altro è moralità » Il précise même un peu plus avant (p. 164) sa pensée: «... l'onestà è nella intrinseca convenienza dell'animo con la ragioni della vita ; la moralità nella estrinseca convenienza dell'agire con un principio. » Néanmoins, et malgré cette distinction, des relations intrinsèques existent entre ces deux notions : « ma tra i due momenti della stessa realtà... vi sono chiaramente intrinseche relazione. » Et M. Donati s'applique à les déterminer et à les expliquer. Pour plus de détails v. l'article cité, p. 165.

§ 2. — LE FONDEMENT DE LA NOTION D'HONNÊTETÉ
ENVISAGÉE SOUS L'ASPECT D'UNE VÉRITÉ NATURELLE.

91. — Un coup d'œil plus attentif sur ce que nous venons de dire, un peu plus haut, nous permet d'affirmer que cet équivalent existe, mais qu'il est plutôt d'ordre logique. Cela est en effet évident du moment que l'aspect de l'honnêteté qui correspond à la bonne foi s'analyse dans une conformité rationnelle. Il s'ensuit que cet aspect se fonde sur ce qu'il y a de plus profondément et de plus spécifiquement humain, à savoir sur *les principes* (1) *du raisonnement* (2) (point de vue strictement logique) et sur *les principes* (3) *de la conscience* (point de vue psychologique ou largement logique (4), principes qui dérivent tous de la vérité humaine fondamentale : l'accord de la pensée humaine avec elle-même et avec ses créations (5), c'est-à-dire la conformité intrinsèque et naturelle (6) de cette pensée.

1. Les principes de l'identité, de la contradiction et du tiers-exclu.

2. M. Donati (*loc. cit.*, p. 165) considère l'honnêteté comme « le prerogative propre dell processo logico-volitivo attraverso le sue espressioni attive ».

3. Les principes de l'unité et de l'identité de la personnalité.

4. Comp. Goblot : « La logique est une certaine manière de poser un problème psychologique » (*op. cit.*, p. 30). Sur les rapports de la logique et de la psychologie v. les chap. 2 et 3 de l'introduction : *Logique ou psychologie de l'intelligence et Logique et sociologie*.

5. V. P. Janet, *op. cit. Psychologie* ; sect. II, chap. II. *La conscience de soi*, p. 3 et *Logique*, sect. I, chap. VI. *Les principes du raisonnement*, p. 361.

6. M. Donati (*loc. cit.*, p. 160) nomme cette vérité fondamentale : l'« esigenza più eletta della natura, che si affermi l'esigenza

L'honnêteté — vérité morale par certains côtés — s'affirme donc aussi, par certains autres, comme *vérité naturelle*, comme *vérité* tout court (1). Cela n'a du reste rien d'étonnant, si l'on réfléchit que la vertu elle-même — par son côté abstrait — est un état de conformité entre la vie individuelle et la *nature humaine*, dans ce qu'elle a de plus pur, de plus sage, de plus sain.

Mais, à ce point de vue, la notion de l'honnêteté se rattache, par son élément psychologique, à l'Éthique (2) comprise comme « un phénomène social ayant un caractère psychologique marqué, puisqu'on peut le synthétiser dans le critérium qui juge les actes humains et les qualifie de justes ou d'injustes, de prudents ou d'imprudents, de bons ou mauvais, de licites ou d'illicites » (3).

della verace sincerità intima coerenza del processo teoretico e pratico ».

1. Comp. Donati (*ibid.*, p. 162) qui, parlant de l'honnêteté, affirme qu'elle est « una conformazione o attitudine dello spirito al vero et al bene... riguarda il presupposto spirituale che conduce al vero et al bene ».

2. Comp. Donati, (*ibid.*, p. 163) : « In questa attitudine spirituale, verso la verità, coerente nel detto e nel fatto, e verso la probità, è (l'onestà) dunque il presupposto indeclinabile dell'etica ». Néanmoins, même sur ce terrain, M. Donati persiste dans la distinction établie entre l'honnêteté et la moralité « la prima è, nella nostra dottrina, una predisposizione etica dell'animo, la seconda una regolamentazione etica dell'agire » (*idem*, p. 174). D'où il résulte que M. Donati envisage lui aussi l'Éthique comme un phénomène social à caractère psychologique.

3. Comp. O. Bunge, *op. cit.*, Introduction, p. xiv. D'après M. Bunge « l'on entend sous le nom générique d'éthique tous les concepts moraux, juridiques et politiques, toutes les idées qui se rapportent au bien et au mal, au juste et à l'injuste, au licite et à l'illicite ».

§ 3. — L'HONNÊTETÉ FONDEMENT DU DROIT NATUREL.

92. — Ainsi comprise, la notion de l'honnêteté peut constituer et constitue le fondement du droit, en tant que celui-ci exprime une vérité qui se réalise sur le plan éthique sous la forme *du droit naturel*, ce droit qui comprend « tous les préceptes ou principes moraux qui ont avec évidence une *honnêteté nécessaire à la rectitude des mœurs* » (1). Et c'est à ce point de vue que, logiquement, la vérité scientifique est du côté de M. Donati (2), quand il affirme que : « L'onestà deve essere presupposto del diritto : il diritto non puo recunoscere, in altri termini, validità all'atto che non abbia la sua preparazione in un processo psichico, fornito degli attributi dell'onesta, che non sia civè fornito dei caratteri della veracità e sincerità, della coerenza e della probità ». (3)

1. Suarez, *De légibus*, L. II, chap VII, § 4 (cit. dans T. Rothe, *op. cit.*, Introduction, p. 2). Comp. aussi l'article 785 de l'ancien Code civil de Monténégro, qui définissait les bonnes mœurs comme « *des principes d'honnêteté et de droit*, à l'observation desquels les autorités ne peuvent pas toujours contraindre les particuliers, mais que le sentiments public prescrit à tout le monde de respecter (Dickel, *Etude sur le nouveau Code civil de Monténégro*, p. 28, trad. par J. Brissaud, Paris, 1891).

2. V. ci-dessus n° 87, p. 185.

3. Donati, *loc. cit.*, p. 165. M. Donati établit encore deux propositions : « 1° La disonestà deve essere colpita dal diritto ; ossia, più, particolarmente, il diritto deve reprimere gli atti, anche se semplicemente rappresentativi di una qualsiasi generica interiore deviazione da quella propulsione verso il bene, che deve essere propria di ogni atto umano. 2° Il diritto deve lasciare inalterata, la possibilità di contemperare la onestà interiore e la lecitezza esteriore ; ciò che è possibile, per la constatazione che tra il campo dell'onesto e il campo del lecito (morale e giu-

§ 4. — LA NOTION DE BONNE FOI CRITÈRE
DE LA VÉRITÉ SOCIALE.

93. — Il est pourtant plus indiqué, pour bien marquer l'aspect spécifique de l'honnêteté qui convient à la notion du droit, d'user de son correspondant social : la notion de bonne foi (1). C'est cette notion qui exprime par excellence la vérité juridique, car c'est elle qui constitue le critère de la vérité sociale.

En effet, parmi les sources de l'honnêteté, Cicéron en signale une qui consiste dans « *l'observation des lois sociales* ». Et quelles sont « les lois sociales », ces lois qui rendent possible l'existence de la société ? Cicéron nous dit qu'elles consistent dans « *un inviolable respect pour les droits de chaque homme et pour les engagements contractés* » (2). Mais cette source de l'honnêteté correspond à la vertu de justice, cette « *constans et perpétua voluntas ius suum cuique*

ridico) vi può essere distinzione, ma non contrapposizione, trattandosi di momenti coordinati dell'atto umano. » Et M. Donati conclut : « Da esse risulta : che « *vivi con onestà* (ossia con tendenza, da esprimersi attraverso la parola et l'atto, alla veracità, alla coerenza e alla probità) » è il primo precetto del diritto, perche è il presupposto indeclinabile di qualsiasi precetto giuridico, allo stesso modo che è il presupposto di qualsiasi sistema di etica. » Tout en nous réservant de revenir sur les trois propositions que notre définition synthétisera, nous renvoyons, pour le commentaire de la conclusion de M. Donati, aux observations que nous avons faites dans la note 2 de la p. 188 de notre étude.

1. Il faut bien noter que nous ne considérons pas la bonne foi comme une partie de l'honnêteté, mais comme l'honnêteté même envisagée sous un aspect social.

2. Cicéron, *De Officiis*.

tribuens », dont Cicéron affirme le fondement dans la notion de bonne foi qui justement exprime l'inviolable respect pour les engagements contractés, cette *conventorum constantia* (1). C'est donc cette notion de bonne foi qui est à la base de ces lois sociales et c'est donc elle qui constitue le critère de la vérité sociale.

94. — Car, pour qu'une société soit possible, il faut d'abord qu'une entente soit réalisable entre ses membres. Entente non pas pour constituer la société, mais possibilité de s'entendre socialement, c'est-à-dire possibilité d'avoir des rapports ou des relations suivies. Or, ces relations ne sont possibles d'une part, qu'en vertu de ce principe humain fondamental : le principe de l'identité logique et psychologique qui : 1^o met l'individu en état d'émettre des affirmations coordonnées dans leur succession et reconnaissables dans leur répétition par les caractères identiques de leurs signes extérieurs, et qui, 2^o le rend capable de se charger des suites logiques ou voulues de ses affirmations, comme personnalité consciente de soi et consciente des autres. D'autre part, il faut en plus que ces possibilités individuelles aient une consistance, qu'une certaine honnêteté existe en ce qui concerne la conformité individuelle des affirmations — dont la signification matérielle se manifeste extérieurement — avec l'interprétation interne et individuelle de leur auteur ; autrement dit il faut que le principe de l'identité ne soit pas

1. *Ibid.*, V. ci-dessus p. 156, note 2.

volontairement méconnu ou faussé dans ses conséquences, car on ne pourrait rien y bâtir de sérieux, les assises étant fuyantes comme le sable.

95. — En effet, pour rendre possible l'établissement de relations précises et pacifiques, ou mieux pour que la société proprement dite soit réalisable, il faut qu'un état de confiance réciproque existe entre les individus qui entrent en rapport, c'est-à-dire qui contractent entre eux (1). Or, cet état ne pourra exister

1. Comp. Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, p. 296-298 (XI^e conférence. *L'autonomie de la volonté*). M. Renard fait une analyse psychologique très fine sur l'état de conscience nécessaire à l'existence d'une société humaine. Voici, en partie, son exposé : « Tout contrat renferme une série d'affirmations... il y a des affirmations analogues dans tout acte gouvernemental, et notamment dans tout acte législatif. Or, telle est la *psychologie humaine* que toute affirmation est crue, à moins d'une raison spéciale de défiance. La présomption est en faveur de la sincérité... c'est l'inclination instinctive de l'homme de croire à l'affirmation de son semblable... Du haut en bas c'est le règle de la confiance et c'est aussi l'une des meilleures preuves que l'homme est un être essentiellement sociable. *Il n'y aurait pas de vie sociale possible sans la foi préalable à la parole d'autrui*, du moins dans les circonstances ordinaires. La présomption dans le sens de la tromperie serait à la fois au rebours de notre psychologie individuelle et au rebours de notre nature sociale. Les théologiens et les moralistes vous disent que c'est là ce qui fait la gravité du mensonge : le mensonge est le type du péché antisocial, il ébranle une base essentielle des relations humaines : le menteur est un anarchiste en herbe. N'exagérons pas. La vie sociale repose sur la confiance réciproque mais seulement sous bénéfice d'inventaire. La confiance est le titre de l'autorité provisionnelle qui s'attache à l'affirmation, donc à la volonté. Le bénéfice d'inventaire est la réserve du recours éventuel à l'autorité suprême de la justice. » Et M. Renard conclut que l'autorité de la règle de droit s'enracine dans la philosophie du *bon sens* et peut-être dans la philosophie de la *croyance*. « Bon sens » et « croyance » deux puissances de l'esprit basées respectivement sur les notions du *bon* et de la *foi*, qui sont justement les éléments constitutifs de la notion de bonne foi.

qu'en tant qu'un inviolable respect, pour les hommes et pour les engagements contractés, sera observé.

Cet état de respect ou de vérité sociale, impliquant les principes humains fondamentaux de l'identité et de la confiance — principes qui analysent l'aspect social de l'honnêteté — sera caractérisé — comme ces constatations et les analyses antérieures le prouvent — par l'esprit de bonne foi. C'est lui qui rend possible la société humaine et c'est la notion de bonne foi qui est — à cause de cela — le critère des actions sociales. Elle peut être définie, en conséquence, *le critère de la conformité sociale*. Et la preuve que nous sommes dans la vérité est fournie par Aristote dans la définition si connue et dont la formule entière est trop souvent — à tort et injustement — « mutilée et tronquée ». En effet, Aristote définit l'homme « un animal sociable, par rapport à ceux avec qui il a une parenté naturelle » (1). Ce qui signifie qu'il ne peut y avoir société que là où il y a confiance réciproque, l'homme n'étant un animal sociable, que par rapport à ceux qu'une parenté naturelle — qui implique nécessairement l'idée de cette confiance réciproque (2) — assemble (3).

1. Aristote, *Politique*. Lib. VII, chap. V, l. 1, chap. II.

2. En effet la piété — *piétas* — qui comporte « un service et des soins diligents envers ceux qui nous sont unis par le sang (v. ab. C. Herennium, lib. 2, cap. XIII § 19) ou envers la patrie », est une de ces notions premières qui supposent nécessairement des rapports entre des êtres différents » et qui entrent comme des vertus secondaires dans la notion de l'honnêteté ou de la justice (v. ci-dessus p. 168, n. 3) : elle implique donc la notion de bonne foi (Comp. Senn, *op. cit.*, p. 23-25).

3. Comp. H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. 1^{er}, *Discours préliminaire* : *Où l'on traite de la certitude du droit...*

Et Aristote continue : « Il y a donc une société et quelque chose de juste, hors de toute société civile ». Or la chose qui caractérise cette société et cette justice « hors de toute société civile », c'est justement l'idée de bonne foi, qui n'est qu'un aspect de l'idée individuelle de l'honnêteté, son aspect social. Car c'est elle — la bonne foi — « *qui est l'âme des relations sociales* » (1) et, sans elle, « sans un minimum de bonne foi, la vie sociale devient impossible » (2). Elle a « une importance sociale qu'on ne saurait exagérer », parce qu'« elle apparaît comme la condition même du fonctionnement et de la durée des sociétés » (3). Et, « s'il est un fait qui s'impose au législateur », comme d'ailleurs au juge, ce fait, « c'est à coup sûr la bonne foi, dont l'influence se manifeste avec d'autant plus d'énergie qu'un peuple jouit d'une civilisation plus parfaite » (4).

§ 6 : « Si l'homme est un animal, c'est un animal d'un ordre très relevé, et qui a beaucoup plus d'avantage sur toutes les espèces d'animaux, qu'elles ne diffèrent entre elles ; comme il paroît par plusieurs sortes d'actions qui sont tout à fait particulières au genre humain. Or, une de ces choses propres à l'homme, est le désir de la société, c'est-à-dire une certaine inclination à vivre avec ses semblables, non pas de quelque manière que ce soit, mais paisiblement, et dans une communauté de vie aussi bien réglée que ses lumières lui suggèrent : dispositions que les stoïciens expriment par un mot : (*οἰκωδία*) tiré des sentiments que les personnes d'une même famille ont les unes pour les autres. »

1. Demolombes, XXIV, p. 376, n° 393.

2. Georges Chklaver, *Le fondement du pouvoir*, loc. cit., p. 20.

3. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*. Thèse, p. 342.

4. G. Vallet, *De l'influence de la bonne foi sur la possession immobilière*. Thèse, Introd., p. 5.

C'est pour toutes ces raisons que l'exhortation de Cicéron apparaît symbolique :

« Laissons la colère céleste, qui n'est qu'une chimère, mais songeons à la justice, à la bonne foi. Ennius a eu raison de s'écrier :

O foi ! fille du ciel, serment de Jupiter !

Celui donc qui viole son serment viole la foi : cette Foi que nos pères, comme nous l'apprend une harangue de Caton, voulurent placer au Capitole, à côté de Jupiter, le souverain des Dieux » (1).

Et ce symbole accroit ses lumières instructives quand, du centre de l'humanité moderne et de la maison des savants, l'écho, par le verbe de V. Hugo, répond : « Depuis cinq mille ans, toutes les moissons s'ébauchent par la charrue, et toutes les civilisations par la guerre. Mais, lorsque la guerre tend à dominer, lorsqu'elle devient l'état normal d'une nation, lorsqu'elle passe à l'état chronique, pour ainsi dire, ... alors, messieurs, quelques magnifiques que soient les résultats ultérieurs, il vient un moment où l'humanité souffre. Le côté délicat des mœurs s'use et s'amoindrit au frottement des idées brutales ; le sabre devient le seul outil de la société ; la force se forge un droit à elle ; *le rayonnement divin de la bonne foi, qui doit toujours éclairer la face des nations*, s'éclipse à chaque instant... le commerce, l'industrie, le développement radieux des intelligences, toute l'activité pacifique disparaît ; *la sociabilité humaine est en péril*. Dans ces moments

1. Cicero, *De off.*, L. III, 29.

là, messieurs, il sied qu'une imposante réclamation s'élève, il est moral que l'intelligence dise hardiment son fait à la force » (1). Ce fait, c'est *la bonne foi* !

C'est Confucius, « le professeur éternel des Chinois » qui — à travers les temps et les pays — le confirme dans ses leçons adressées aux chefs d'Etat et à leurs peuples, pour leur faire apprendre leurs devoirs collectifs, seul moyen, à ses yeux, de faire régner la paix et de fonder les États sur la sagesse (2). Ainsi, interrogé un jour par un de ses disciples, sur la politique étrangère, il répondit qu'elle consistait : « à être de bonne foi, à procurer suffisamment de nourriture et de ressources au peuple et à avoir la force armée nécessaire. » « Mais, ajouta-t-il, au cas où l'on ne peut réaliser ces trois objectifs en même temps, il faut sacrifier d'abord le dernier. » — « Mais que doit-on sacrifier ensuite, si un homme d'État ne peut pas encore atteindre à la fois les deux objectifs restants ? » lui demandera-t-on. — « C'est (répondit Confucius le sage) le souci de procurer des ressources et des aliments à l'État. L'histoire nous apprend que tout pays a une fin. Mais ses dirigeants ne doivent pas sacrifier

1. Victor Hugo, *Œuvres complètes*. Paris, 1882. *Actes et paroles*, t. I, p. 62, *Avant l'exil*, 1841-1851. *Discours de réception*, 2 juin 1841, à l'Académie Française. Sur la conception juridique de Victor Hugo, V. *L'œuvre juridique d'un poète. Victor Hugo et le droit*, article paru dans la *Revue générale de droit de législation et de jurisprudence*, année 1828, n° 4, p. 278-280, année 1929, n° 1, p. 45-52.

2. Sin Tchoan-Pao, *Le droit des gens et la Chine antique*. Thèse, p. 98 et suivantes.

la bonne foi et il vaut mieux voir son pays mourir de faim » (1).

5. — LA NOTION ET L'IDÉE DE BONNE FOI CONSTITUENT
LE FONDEMENT DE L'ÉLÉMENT REPRÉSENTANT
LE FONDEMENT DU DROIT.

96. — On peut maintenant apprécier l'importance sociale de la notion de bonne foi, telle que la leçon des siècles nous l'enseigne. C'est l'idée correspondant à cette notion qui justifie le droit primordial, le droit dont tous les autres droits dérivent, le droit à la vie sociale, le droit à la vie tout court.

Et, puisque la vérité juridique est une vérité sociale (2), en quelque sorte cristallisée, standar-

1. Sin Tchoan-Pao, *Le droit des gens et la Chine antique*, p. 111-113, citant d'après les Entretiens de Kon Kiou (Confucius), livre VII, chap. 1^{er}. M. Sin Tchoan Pao continue : « Cette paro — le quoique un peu excessive, demeure célèbre en Chine, même de nos jours. Notre philosophe exprime sous d'autres formes encore sa conviction à la nécessité d'observer la bonne foi internationale. Il prononça notamment les paroles suivantes : « Un homme qui n'exécute pas sa promesse est-il digne d'être appelé un homme ? Il en est exactement de même pour un Etat. Comment employer une grosse voiture qui n'a pas de jougs ou une petite voiture qui n'a rien pour retenir le joug ? » (Entretien de Kon Kiou, Livre 1^{er}, Chap. II). Inutile de dire que le sage compare ici un grand Etat à une grande voiture et un petit pays à une petite voiture ; le joug, ou ce par quoi on retient le joug, c'est la bonne foi internationale. De même « pour acquérir une haute vertu, il faut commencer par l'observation scrupuleuse de la sincérité et de la fidélité » (Entretien, Livre III, chap. I).

2. Comp. H. Grotius : « Cette *sociabilité*, que nous venons de décrire en gros, ou ce soin de maintenir la société d'une manière conforme aux lumières de l'entendement humain, est la source du droit, proprement ainsi nommée, et qui se réduit en général à ceci : qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui et

disée, que nous avons définie comme la conformité de l'affirmation individuelle à ce qu'on est convenu d'y voir socialement (1), il s'ensuit que la notion de bonne foi — critère de la conformité sociale — constituera le critère ou la notion spécifique du droit (2), en tant que celui-ci désigne un état de conformité à des règles établies, c'est-à-dire un état de conformité sociale constatée (3).

97. — Passant maintenant de la notion à l'idée, nous dirons que le fondement de l'idée du droit réside dans l'idée de bonne foi, cette idée qui désigne — comme nous l'avons déjà vu — l'état d'esprit qui conforme la conduite sociale au devoir de réciprocité (4).

C'est donc l'autorité et la discipline de cette idée, qui légitimera aussi l'ordre juridique. En effet, comme l'a très bien remarqué M. Kelsen, une norme ne fait partie de l'ordre juridique positif qu'autant qu'elle est conforme à une règle supérieure (5), règle comprise dans une hiérarchie dont la norme suprême, qui sera la norme juridique fon-

restituer ce que l'on peut en avoir entre les mains, ou le profit qu'on en a tiré ; que l'on est obligé de tenir sa parole, que l'on doit réparer le dommage qu'on a causé par sa faute et que toute violation de ces règles mérite punition, même de la part des hommes (*Le droit de la guerre et de la paix*, t. 1^{er}, Discours préliminaires, § 8).

1. Voir ci-dessus n° 89, *in fine*, p. 190.

2. Voir ci-dessus n° 87, *in fine*, p. 186 et n° 89, p. 190.

3. *Ibid*, n° 86, p. 183.

4. *Ibid*, n° 77, p. 165.

5. Voir H. Kelsen, *Aperçu d'une théorie général de l'Etat*, traduit par Eisenman, extrait de la *Revue du droit public*, chap. III, p. 65, cité, commenté et complété par R. Capitant, *L'Illicite*, p. 46 et 160.

damentale, est une règle de compétence déléguée par la masse sociale (1). Cette règle fondamentale, par laquelle la masse sociale délègue la compétence, doit être fondée à son tour sur l'obéissance des délégués, une délégation de compétence ne pouvant être conçue, sans un état corrélatif d'obéissance. C'est dire qu'elle apparaît comme un impératif intérieur présent chez la généralité des sujets et ordonnant l'obéissance (2). Mais alors, comme « tout impératif est la désignation de l'acte qui sera conforme aux données de la conscience de celui qui le formule » (3), il s'ensuit que l'obéissance qui forme la règle de compétence, traduit un état de confiance (4) de la masse sociale. La règle suprême de l'ordre juridique sera donc une règle de conformité sociale, fondée sur l'idée sociale de bonne foi (5). *L'idée du droit étant par suite basée sur l'idée de bonne foi, celle-ci constituera ainsi le contenu de l'élément représentant le fondement du droit dans la formule de notre définition.* Et cela d'autant plus que la bonne foi représente — en même temps

1. R. Capitant, *op. cit.*, p. 136, Comp. Jèze, *Cours de droit public*, 1913, p. 6 : « Le droit règle les compétences. »

2. R. Capitant, *op. cit.*, p. 46.

3. *Ibid.*, p. 9.

4. Comp. R. Capitant, *op. cit.*, p. 135. « On ne peut mieux définir la notion de compétence qu'en la comparant à la confiance qu'une assemblée parlementaire accorde au chef du gouvernement. »

5. La règle fondamentale étant d'une part obéissance, d'autre part confiance sociale, ne peut fonder son affirmation que sur leur conformité réciproque exprimée justement par l'idée de bonne foi.

qu'un principe (1) directeur et un critère de distinction juridique — une notion à possibilités ou contenu variable (2), c'est-à-dire qu'elle satisfait d'un seul trait, et les exigences de l'école métaphysique (3), et celles des écoles qui affir-

1. V. Donati, *op. cit.*, 170 : « Il principio della buona fede, ed è principio riconosciuto a base degli ordinamenti giuridici come un principio genrale. » Comp. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*.

2. Comparez J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, chap. IX : *Droit naturel à contenu variable*, p. 168 : « Le droit naturel n'a pas pour tous les problèmes des recettes et des solutions toutes prêtes. Ce qu'on lui demande, c'est une *orientation*, une *direction*... Le désir de concilier l'idéal juridique avec les lois de nature, implique un élément variable, car la nature humaine est complexe : elle offre à nos aspirations, des desideratas, des qualités diverses. Tel ou tel élément pourra paraître dominant, et les conceptions en seront modifiées. Que de transformations se sont opérées dans l'idée de justice pénale d'abord confondues avec celles de l'équivalence du mal par la vengeance, modifiée par la préoccupation du mobile et des circonstances de fait, tenant compte du cas fortuit, de la légitime défense. » Adde Le Fur, *Le fondement du droit*, p. 21-23 ; M. Le Fur trouve que « les contradictions de détails qui existent d'un peuple à l'autre... et même les coutumes qui nous paraissent les moins explicables, ou même les plus criminelles sont parfois directement inspirées par une idée très fausse peut-être, mais qui n'a en soi rien d'immoral », nous dirons qui n'a en soi rien de contraire à la bonne foi. D'ailleurs, un aspect de la bonne foi est celui constitué justement par un état d'esprit fondé sur une erreur de croyance, erreur n'ayant en soi rien de coupable, étant une erreur inévitable, dans les circonstances envisagées. L'adage, « *Error communis facit jus* », sur lequel se fondent des réalisations juridiques certaines, n'est que l'expression palpable de cette vérité. Dans tous les cas l'erreur porte non sur le fondement de l'idée du droit mais sur la conception sur laquelle le droit se réalise.

La bonne foi reste le critère distinctif du droit.

3. Voir J. Bonnet, *La notion du droit*, chap. II, section IV et chap. IV, section IV.

ment la notion du droit à contenu variable (1).

Elle a en plus l'avantage d'être une notion populaire (2) à raisonnance évocatrice, c'est-à-dire une notion claire, qui peut être aisément comprise et dont la fortune est ainsi justement assurée (3). Elle raccorde et unit enfin les deux conceptions françaises du droit, celles qui affirment son fondement respectivement dans les idées de *justice* et de *liberté*, car, d'une part elle évoque l'idée de justice, qui s'y fonde et d'autre part elle ajuste et précise

1. Voir note 2 p. précéd. et Bonnecase, chap. II, section 1, 2 et 3. La doctrine catholique, par son représentant L. Brun, affirme, quant au contenu du droit, c'est-à-dire quant à son fondement, que : « Le droit, dans son sens le plus large et le plus élevé, *Le Droit, c'est la conformité à l'ordre divin* ». Et parmi les doctrines du droit social, celles qui trouvent le fondement du droit dans *la solidarité*, considèrent que « *la conformité à la solidarité n'est pas une règle de morale, c'est une règle de droit*. Tous les individus — et la société n'est autre chose que le nom qui désigne l'ensemble des individus — n'ont et ne peuvent avoir qu'un but : vivre conformément à la solidarité ». (Charmont, *op. cit.*, p. 192, chap. II, exposant la doctrine de Duguit).

2. « La notion de bonne foi est une notion essentiellement populaire. *Elle est inséparable de l'idée d'action*. Qu'il parle de ses actes ou de ceux d'autrui, l'homme ne les fait pas sans qualifier expressément ou tacitement l'intention qui les a dirigés ». Jaubert, *op. cit.*, p. 7.

3. Comparez Charmont, *Le droit et l'esprit démocratique* (1908, p. 38). A propos des mots : « social », « socialiser », « socialisation », l'auteur fait remarquer que « les mots ont aussi leur fortune souvent injustement acquise. Pour être adoptés, répétés, ne leur faut-il pas en même temps une certaine résonance, quelque chose de vague, d'imprécis, d'équivoque. Pour qu'une formule ait comme une vertu mystérieuse, pour qu'elle fasse impression, il faut que chacun puisse lui donner une signification qui réponde à sa propre pensée, il faut qu'elle puisse exprimer des intentions qui ne sont pas toujours identiques, qui parfois même impliquent contradiction ».

d'une façon heureuse l'idée de liberté, attribuant aux hommes un champ d'action sûr et certain, dans lequel ils peuvent se donner libre carrière, qu'aucune puissance ne peut restreindre au nom du droit et dont les limites endiguent toute manifestation anarchique.

§ 6. — LA FORMULE DU DROIT NATUREL.

98. — Le droit est donc *l'autorité et la discipline de la bonne foi*. Cette formule doit correspondre — comme nous l'avons déjà établi d'une façon principale (1) — à celle du droit naturel, ce qui veut dire que le mot de bonne foi doit être caractéristique de ce droit. C'est même à cette seule condition que le choix de ce mot, pour exprimer le fondement du droit, sera prouvé et vérifié comme vrai et valable (2).

Or, d'une part, la notion caractérisant le droit naturel devrait présenter une signification morale, en même temps qu'une signification sociale (3); et la notion de bonne foi présente justement ces deux significations (4). D'autre part cette notion devrait correspondre au contenu spécifique de cette modalité (5); et c'est précisément ce qu'elle fait.

En effet, la formule ci-dessus obtenue ne fait que

1. Voir ci-dessus n° 64.

2. *Ibid.*, loc. cit.

3. *Ibid.*, n° 69.

4. *Ibid.*, nos 76-77.

5. *Ibid.*, n° 66, p. 143.

résumer et synthétiser les trois règles qui forment, d'après M. Le Fur, le contenu du droit naturel, à savoir : 1^o *l'obligation de respecter les contrats ou engagements honnêtes, librement conclus* ; 2^o *l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé* ; 3^o *l'obligation de respecter l'autorité* (1). Car ces trois règles reposent toutes sur l'idée de bonne foi. C'est elle qui les anime. Et elles la sous-entendent de même qu'elles sont impliquées ou sous-entendues par elle. La preuve indirecte est fournie par M. Le Fur lui-même, puisque c'est lui qui, en faisant justice des critiques adressées et dirigées contre le droit naturel envisagé dans et sous ce triple contenu, qui commande « tout le droit public et privé, international et interne », s'exclame : « ... et s'il a été si âprement discuté, c'est bien plutôt parce qu'il est parfois très gênant pour les individus ou les États de *mauvaise foi* ! » (2). Mais, pour que le droit naturel ainsi conçu, soit gênant pour ceux de mauvaise foi, il faut de toute nécessité qu'il sous-entende et suppose la notion contraire, antonyme de celle-ci, c'est-à-dire qu'il affirme *l'autorité et la discipline de la bonne foi*.

Cette preuve indirecte est du reste confirmée par une preuve directe, résultant de l'examen sommaire de ces trois règles du droit naturel, examen qu'une analyse plus approfondie et plus détaillée vérifie et consolide.

1. Le Fur, *Le droit naturel*, p. 37-38.

2. Voir la note précédente.

99. — A un premier examen sommaire, ces trois règles correspondent aux trois préceptes romains du droit *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (1); elles n'en sont que la traduction, une traduction conçue de façon à déterminer justement le sens et la signification juridique de ces préceptes à allure morale (2). A ce point de vue les règles modernes sont une catégorique et précise

1. Comp. M. Hauriou, *L'ordre social, la justice et le droit*, p. 821 : « D'ailleurs les préceptes des Institutes de Justinien, que l'on pourrait, à bon droit, considérer comme de droit naturel, ne sont point uniquement des préceptes de justice : « *alterum non laedere, suum quique tribuere* », cela suppose déjà l'ordre social individualiste, le patrimoine individuel, la propriété individuelle. Aussi les Institutes, les annoncent-elles comme préceptes de droit et non pas de justice : « *Juris praecepta sunt haec.* » La même observation est faite par M. Chevalier, *Le concept et l'idée* dans *Mélanges Hauriou*. Paris, 1929.

2. En ce qui concerne le caractère moral de ces préceptes, voir la critique que leur fait M. Levy-Ullmann, *op. cit.*, p. 14 jusqu'à 22. En ce qui concerne les critiques que, d'une façon générale et du point de vue juridiques on leur adresse, M. Donati, dans l'art. précité, les résume ainsi : « Dinanzi a questa tricotomia, non si è però mai arrestata attraverso i secoli la critica nel proporre i suoi dubbi. Vi è chi ha accennato, che nella tripartizione ci troveremmo al cospetto non di precetti di diritto, ma da principi pertanto di un diretto valore imperativo. Altri osserva che nella elencazione di Ulpiano si avrebbe bensì l'indicazione di precetti, ma essi sono tali che possono per la loro latitudine servire di base a qualsiasi regolamentazione di ordine sociale, più che una specifica disciplina giuridica. Dalla maggior parte degli interpreti si insiste, infine nel mettere in luce che in ogni caso, una volta che il primo precetto del diritto è additato come costituito dalla onestà della vita, qui avremmo una vera e propria inframmettenza dell'ordine morale nell'ordine giuridico; e però la classificazione romana mal si adattarebbe a rendere la costruzione fondamentali del sistema giuridico per il fatto che ne è posto a base un precetto che da quell'ordine strettamente inteso dovrebbe essere escluso, essendo un precetto anche all'aspetto morale » (*loc. cit.*, p. 158).

contribution à l'interprétation des préceptes romains. Elles laissent mieux apparaître et font nettement ressortir l'idée qui les anime d'un bout à l'autre, qui transforme leur caractère générique et leur donne le cachet spécifique nécessaire pour pouvoir figurer comme préceptes de droit : à savoir l'idée de bonne foi. En effet, respecter les engagements honnêtes, librement conclus, réparer tout préjudice injustement causé et respecter l'autorité, c'est, à des points de vue différents et à des moments distincts, se conformer et se soumettre à la discipline de la bonne foi, ou, plus précisément — et jusqu'à ce que nous déterminerons le contenu de cette discipline — c'est être de bonne foi. Car ces trois règles se fondent toutes sur un état d'esprit qui conforme la conduite sociale aux devoirs de réciprocité : on ne peut les suivre qu'en tant qu'on se soumet à la discipline que l'autorité d'un semblable état inspire. Or cet état, c'est justement celui de la bonne foi (1). Et, d'autre part, la notion ou l'idée de bonne foi, en tant que critère de conformité sociale (2), implique et suppose les trois règles (3) qui prescrivent cette conformité.

Si nous passons maintenant à l'analyse de chacune de ces trois règles prises séparément et parallèlement aux préceptes romains qui leur correspondent, nous aboutissons aux mêmes conclusions.

1. Voir ci-dessus, n° 77.

2. Voir *supra*, n° 96.

3. *Ibid.*, n° 75, 79, 90 et 97.

100. — En ce qui concerne la première règle, nos affirmations apparaissent tout à fait évidentes, après les développements antérieurs portant sur les notions de bonne foi et d'honnêteté. Ainsi, nous avons vu précédemment que la fidélité aux engagements traduit un aspect de la bonne foi (1) et que celle-ci constitue à son tour l'aspect social de l'honnêteté (2). Or la première règle ne fait qu'ordonner cette fidélité aux engagements honnêtes. Elle impose donc la discipline de la bonne foi, qui constitue ainsi l'idée qui l'anime, mais qui cependant se rattache — quant à son application et mise en exécution — à la condition générale d'honnêteté du premier précepte romain, qui, en quelque sorte, la déclenche. Car les engagements doivent être honnêtes pour que la discipline de la bonne foi puisse être imposée quant à leur respect. Mais des engagements honnêtes sont des engagements qui ne contreviennent pas, par leur contenu, leur essence ou leur nature, à l'état d'esprit qui conforme la conduite sociale aux devoirs de réciprocité, c'est-à-dire justement des engagements qui ne sont pas contraires à la notion de bonne foi, dans leur origine, dans leur constitution et dans leur but. Il en résulte que la condition d'honnêteté initiale du premier précepte romain est — au point de vue de la règle moderne — conforme à la notion de bonne foi, qu'elle s'identifie avec cette notion, c'est-à-dire qu'elle est envisagée à un point

1. Voir n° 75, *supra*.

2. Voir n° 79, *supra*.

de vue social. Mais, par là, se trouve suggéré aussi le sens spécifique dans lequel ce premier précepte : l'« honeste vivere », a été envisagé. Mieux, l'esprit de ce précepte indique et impose ce sens, car ce n'est qu'envisagé comme traduisant la notion de la bonne foi, par rapport aux initiatives individuelles de nature sociale, que le précepte romain — présenté par les Institutes et le Digeste comme un précepte *de droit* — peut correspondre au rôle qui lui a été assigné, celui d'être un précepte juridique.

Il s'ensuit que la première règle du droit naturel traduit une première création de la bonne foi, la création du lien contractuel, affirmant à trois moments d'application de la discipline de cette idée, à savoir : a) celui de la *formation* ou de la *conclusion*, b) celui de la *validation* des effets et c) celui de l'*exécution* du lien juridique.

101. — Nos affirmations se vérifient de même pour la deuxième règle du droit naturel, si l'on pense que c'est pour parer aux reproches adressés au second précepte romain y correspondant — reproches visant, de même que pour le premier, sa formule trop générale, qui outrepasse dans son affirmation absolue les limites du droit pour entrer « dans la sphère de la morale universelle » — que c'est pour y remédier, disons-nous, que la règle moderne introduisit parmi les éléments de sa construction, le critère de l'*injustice du préjudice*. Or ce critère, dans

sa forme positive, n'est autre — comme nous avons eu l'occasion de le constater — que le *critère de la bonne foi*.

Cette limitation a paru devoir s'imposer, car, envisagé isolé, sous un aspect moral, et pour être strictement observé dans ses conséquences logiques, le précepte romain se réduisait à condamner dans son principe toute initiative et toute activité humaine, à prôner et à prêcher l'inactivité et, par là, indirectement, à nier le droit.

Nous croyons cependant que cette précision n'était pas nécessaire, puisque ce n'est pas, ce ne peut pas être, à cela que les Romains pouvaient penser en rédigeant ce précepte, ce ne peut pas être à cela qu'ils pouvaient tendre en se proposant de l'enseigner en tant que précepte du droit, en le faisant figurer parmi eux. Et on ne pourrait conclure autrement du moment qu'on constate — et cette constatation a été faite de tous les temps, — que tout homme et toute nation, par le fait de la concurrence économique ou sociale, aboutit à évincer ses concurrents, à leur nuire, que, d'après les lois de la nature, ils ont mêmes le droit de le faire (1), et que le droit lui-même, par sa nature intime et par son essence, nuit inévitablement à autrui (2).

Il suffirait donc, pour pouvoir maintenir l' « alte-

1. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 871.

2. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 186. L'auteur s'exprime ainsi : « Car il est une chose indéniable : par sa nature interne, par son essence, le droit nuit à autrui ; le droit moleste, le droit lèse, le droit asservit les corps et enchaîne les volontés ».

rum non laedere » dans sa destination primitive, c'est-à-dire comme précepte de droit, de le comprendre dans un autre sens, dans celui que nous croyons être le sens originaire. Pour cela, on doit prendre soin de ne pas confondre le *fait objectif du préjudice ou de la lésion*, pouvant être produit par l'incidence des circonstances sans causes humaines déterminées, et visant le dommage en lui-même, avec, *l'action nuisible ou lésive*, qui n'envisage le préjudice que par rapport à la cause humaine qui le produit(1) et que le précepte romain prohibe seul(2), en tant que contraire à la prescription du premier précepte(3), c'est-à-dire en tant qu'elle exclut la bonne foi de l'auteur(4).

1. Cette cause peut être soit une cause initiale (art. 1382), soit une cause efficiente (la théorie de l'enrichissement sans cause), soit une cause finale (art. 1384 et suiv., la théorie du risque professionnel et social, la théorie de la réparation des dommages de guerre, celle de l'abstention fautive, en un mot celle de la solidarité). A ce sujet comparez R. Savatier, *Des effets et de la sanction du devoir moral*, p. 144-145. Comp. Del Vecchio Giorgio, *La giustizia*, dans la *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, oct.-déc. 1923, § XI, p. 426-428. Le professeur italien observe qu'il faut faire une distinction entre le *fait du dommage* et le *tort juridique* qui est : « la transgressione del limite tra il diritto proprio e l'altrui... »

2. Cette distinction s'impose d'elle-même. C'est ainsi que, pour parler de réparation du *préjudice*, la règle moderne se trouve amenée à le caractériser et à le spécifier par le critère de la cause injuste ou, inversement, c'est pour avoir introduit ce critère que la règle moderne peut et en quelque sorte doit parler d'un préjudice au lieu de l'action nuisible qui le cause.

3. Cette distinction est faite du reste par le droit positif qui n'admet la lésion — envisagée en elle-même et pour produire des effets juridiques — qu'à partir d'un certain taux ou dans des domaines qui font douter du caractère honnête de l'opération.

4. C'est ainsi que la concurrence, étant considérée, dans la conception de l'ordre social régnant, comme un fait ou un

C'est donc comme traduisant l'exigence de la bonne foi sous sa forme négative que le second précepte romain doit être compris et envisagé, car c'est le critère de cette notion qui exclut de son appréciation ce qu'il pourrait posséder d'incidence ou d'accessoirement moral, pour ne retenir que ce qu'il a d'éminemment juridique.

Il en résulte qu'en tant que précepte du droit, le second précepte romain ne peut être conçu — à l'instar de l'interprétation donnée par nous au premier et pour correspondre au même esprit — qu'en tant que traduisant une autre création de l'idée de bonne foi : la création du lien extra-contractuel (1),

phénomène social pouvant léser, mais ne constituant pas une action nuisible, le droit positif ne la réglemente que pour prohiber ou punir la concurrence déloyale. Dans la conception socialiste au contraire, toute concurrence étant lésive en elle-même, il s'ensuit qu'elle doit être supprimée. A cela, les économistes libéraux s'efforcent de répondre en prouvant qu'une fois la concurrence supprimée comme phénomène naturel, la productivité sera atteinte d'une telle façon que cette suppression nuira à la société et à autrui plus que la concurrence ne lésait. En conséquence l'acte législatif supprimant la concurrence serait un acte nuisible en lui-même, tendant à léser une certaine catégorie de personnes sans pourtant produire aucune utilité pour les autres ou même empirant leur situation. Au point de vue juridique, et, par un paradoxe étrange, la conception socialiste apparaît ainsi comme individualiste et celle libérale comme une conception sociale. C'est que la première s'en prend au caractère lésif de la concurrence, tandis que la dernière s'en prend seulement à son caractère déloyal. On peut néanmoins se demander si le caractère lésif de la concurrence ne la rend pas déloyale en elle-même, sinon comme phénomène naturel, du moins comme produit social voulu.

1. Cette appellation ne doit pas être entendue comme traduisant la distinction entre l'aspect contractuel et celui délictuel ou quasi-délictuel : elle reste vraie même si l'on se réfère au cas de réparation provenue ou sanctionnant la violation contrac-

affirmant un autre moment d'application de la discipline de cette idée, le moment que la règle moderne indique d'une façon précise, savoir *celui de la réparation juridique*.

tuelle. C'est que d'abord le mot « extra » contractuel veut dire aussi bien *en dehors* qu'*au delà* (c'est même le sens romain) du contrat ; et si la réparation, suite d'un contrat inexécuté, n'est pas considérée en dehors du domaine contractuel, elle vient se placer cependant au delà de l'existence normale du second. En outre, la violation qui entraîne la réparation, bien que se produisant à l'occasion du contrat, est un fait fautif extérieur à son essence ; c'est ce qui a fait qu'à l'origine (ancien droit romain et anglais) elle a été sanctionnée comme délit, comme tort. D'autre part, l'objet de la réparation est souvent distinct de l'objet du contrat (art. 1142, Code civ., v. aussi Planiol, II, n° 890-891) et son montant est évalué, sinon toujours du moins en cas d'inexécution intentionnelle, par rapport à des faits postérieurs au contrat : perte éprouvée et gain manqué (v. art. 1149 et 1151 du Code civil, et Aubry et Rau, tome IV, p. 172, note 41 *ter*. Comp. les articles 1150 et 1151 d'après lesquels le montant de la réparation est au contraire évalué par rapport à des faits concomitants à la conclusion du contrat : la prévision du dommage, soit tacite et donnant lieu à l'appréciation judiciaire, soit expresse sous la forme d'une clause contractuelle déterminant le montant des dommages éventuels). Nous pourrions aussi citer dans ce sens la jurisprudence — critiquable en tant qu'elle donne au jugement correspondant un caractère attributif — qui pose en principe que la créance de dommages-intérêts, dus en réparation de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse d'un contrat, naît du jugement, avec sa prononciation (V. L. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, dans *Rev. trim.*, 1929, n° 1, p. 28-32). D'après cette jurisprudence « les dommages et intérêts ont leur origine, non pas dans une obligation antérieure au jugement qui les alloue, mais dans l'appréciation des faits et circonstances d'où naît le préjudice ; que c'est ainsi que, dans la disposition du jugement statuant à cet égard, ils représentent non seulement la valeur vénale des marchandises qui n'ont point été fournies, mais aussi le dommage qui résulte de cette inexécution du contrat, conformément d'ailleurs à la règle posée par l'art. 1149 du Code civil » (Req. 6 juillet 1857. D. 57.1.440 ; Paris, 19 février 1886, D. Rep. méth. suppl., v° *Oblig.*, n° 1122, note 2).

La seconde règle moderne — confirmant ce point de vue et nous aidant à démontrer par son contenu que ce n'est pas le précepte romain qui outrepassé les limites du droit, mais que c'est plutôt son interprétation viciée qui dépasse sa signification originelle — se fonde donc, elle aussi et à *fortiori*, sur l'idée de bonne foi, cette idée qui défend la lésion en tant qu'elle lui est contraire et qui, une fois cette lésion produite, impose la réparation.

102. — Enfin, quant à la troisième règle, ordonner le respect de l'autorité, c'est, sous une autre formule, enjoindre de rendre à César ce qui est à César (1), c'est à-dire justement de rendre à chacun ce qui lui est reconnu comme lui étant dû par rapport à celui qui est obligé de le faire, en tant que son abstention est contraire à la notion de bonne foi. C'est du reste aussi la prescription du troisième précepte romain, le *suum cuique tribuere*. Car on doit se souvenir, en ce qui le concerne, que la justice, qui a son fondement dans la bonne foi (2), est définie, elle aussi, comme une vertu qui attribue à chacun son droit : *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*. Il résulte de là que ce dernier élément, de la définition de la justice, qui correspond au contenu du troisième précepte romain, se fonde sur la bonne foi. Il y a cependant cette différence, que la formule du précepte paraît plus géné-

1. V. H. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 19.

2. V. *supra*, n° 73.

rale que celle qui définit la justice, car elle ne spécifie pas que ce qu'il faut rendre, c'est le droit — *jus* — et non pas autre chose.

Mais, comme pour les deux autres préceptes, il ne faut tirer, de la généralité qui en résulte, un argument pour considérer à son tour ce troisième précepte comme un précepte de morale. Non ! Car il est affirmé, lui aussi, comme précepte de droit. Et, si la définition de la justice est plus précise, parce que limitée par le mot *jus* introduit dans sa formule, c'est que cette spécification était nécessaire du moment qu'on envisageait la justice sous des caractères généraux se rattachant à la morale (volonté constante et perpétuelle ou vertu) et qu'on voulait néanmoins la présenter sous un aspect juridique.

Il s'ensuit que la troisième règle du droit naturel et le troisième précepte du droit romain sous-entendent et font traduire d'une manière certaine, une autre création de la bonne foi, celle du lien *patri-monial*, affirmant un autre moment de l'application de celle-ci, celui de *l'attribution* de la faculté juridique.

103. — On voit donc que les trois règles du droit naturel et les trois maximes se fondent sur un état d'esprit qui est celui que la bonne foi, en tant qu'idée, impose. La seule différence qui les sépare consiste dans le point de vue auquel elles se placent et qu'elles affirment. Ainsi, tandis qu'en droit romain

c'est la bonne foi subjective qui fait la trame des préceptes et qui leur impose son rythme injonctif — ce qui fait encore qu'ils apparaissent comme des préceptes, — en droit moderne c'est *l'aspect objectif de la bonne foi* (1) qui y est analysé et développé, dans un rythme énonciatif, correspondant à l'aspect ordinaire des règles (2). Mais au fond c'est la même idée qui les anime, qu'elles développent et dont elles constituent en quelque sorte la discipline.

Et si le droit moderne, comme le droit romain, n'en fait pas état d'une manière directe, cela s'explique par des causes tenant soit au droit romain, soit à la définition du droit en général, soit à la conception moderne du droit.

104. — Pour ce qui est du droit romain d'abord, la notion de la bonne foi y avait pris un sens technique particulier, de sorte que, si l'idée qui s'attache à cette notion inspira toujours ce droit, le concept technique ne l'affirmait plus d'une manière principale. C'est même ce qui nous a fait — à part le caractère idéologique de notre défini (3), envisager la bonne foi, en tant que fondement du droit, sous la forme de *l'idée* : l'idée de bonne foi. C'est que, par cette qua-

1. En ce qui concerne la distinction faite entre la bonne foi subjective et objective, voir Jaubert, *op. cit.*, et *ci-dessus*, n° 76.

2. Néanmoins, malgré cette opposition de point de vue dans l'analyse de la bonne foi, quant à son appréciation, elle se fera, par la nature même des choses, objectivement, pour les préceptes et subjectivement, pour les règles. C'est une nouvelle preuve de l'unité fondamentale de leur exigence.

3. V. *ci-dessus*, n° 42.

lification, nous voulions et voulons affirmer notre indépendance, par rapport à la notion de bonne foi prise dans le sens étroit que le droit romain lui a assigné, en tant que terme de technique juridique.

En second lieu, pour ce qui est du droit romain et de la définition juridique du droit à la fois, les Romains ont saisi les premiers le caractère téléologique du droit, et, par suite, l'aspect caractéristique y correspondant, qu'une définition juridique du droit devait présenter.

Ils ont voulu s'y conformer et mettre en évidence ce caractère. Or cet aspect supposait trois termes : les trois termes de la série téléologique. Pour y conformer la formule, on ne pouvait l'envisager que sous un triple contenu. C'est ce que les romains ont fait (1). Ils ne pouvaient donc ni réduire (surtout sous la forme injonctive que seule ils concevaient) les trois préceptes, à un seul, proclamant le principe de la bonne foi, ni proclamer dans l'un des trois une idée dont tous les trois n'étaient que des aspects particuliers. En outre, la doctrine romaine, réfractaire à l'abstraction et fidèle à la clarté de la méthode analytique, a préféré exprimer la définition

1. V. *ci-dessus*, p. 105, note 2. En effet, les trois préceptes romains correspondent aux trois termes de la série téléologique. Car on ne peut vivre honnêtement (cause initiale) qu'en ne nuisant à personne, et en rendant à chacun ce qui lui est dû. Les règles modernes se rapportent aussi à cette série. En effet, le consensus général, qui est à la base de la société, demande le respect des engagements, respect qui ne peut être obtenu que par l'obligation de réparer le dommage injustement causé, et, qui a pour but le respect de l'autorité, qui est le but de toute organisation sociale.

du droit sous la forme de préceptes injonctifs. Or, sous la forme d'un précepte unique l'idée de bonne foi aurait laissé trop d'incertitude pour son interprétation, à une époque où elle n'était pas encore suffisamment dégagée et précisée. En effet, cette notion a un caractère psychologique si évident que son affirmation, de principe, sans autre explication, aurait vite conduit à l'immixtion abusive du droit dans le domaine de la vie intérieure, de la vie des idées, pour amener la suppression d'une liberté chère par-dessus tout : la liberté de la conscience et de la pensée (1). Ainsi s'explique, à un autre point de vue, pourquoi on a préféré, dans la construction du premier précepte, la notion d'*honnêteté* à celle de la *bonne foi* : c'est que la première avait une signification psychologique moins évidente, pouvant s'apprécier objectivement, d'après des types d'activité que l'usage social consacre.

105. — Pour ce qui est de la conception moderne, le préjugé attribuant au droit le domaine des manifestations extérieures de l'homme, et gardant pour la morale la recherche du champ intérieur des mobiles (2), faisait tenir la notion de bonne foi dans une proscription analogue, en ce qui concerne le

1. Cela est si vrai que la chose arriva, quand même, pendant le moyen âge.

2. V. G. Cornil, *Le Droit privé*, p. 5. D'après cet auteur, la morale régit « les activités purement intellectuelles et affectives » de l'homme, tandis que le droit régit seulement « l'aspect matériel ou économique des activités humaines ».

contenu des règles modernes du droit naturel.

Mais, à l'heure actuelle, ce préjugé est battu en brèche par tous les ouvrages et de tous les côtés (1),

1. V. Paul Moriaud, *La question de la liberté et la conduite humaine* (Paris, 1897) : « Il ne faudrait pas conclure de là que le droit ne s'occupe que des actes, comme on l'a souvent prétendu en alléguant qu'il ne règle que les relations entre les hommes et que les hommes n'ont des rapports que par leurs actes. Il veut la soumission de l'individu, il commande aux volontés et prend souci de leur attitude ; personne ne niera la signification du mobile dans le procès pénal, de la bonne et de la mauvaise foi dans le procès civil (p. 153, chap. IV, *Le droit et la question de la liberté* § 1. *Droit et morale*). V. aussi R. Capitant, *L'illicite*, T. I. L'auteur, critiquant la conception de M. Cornil, trouve qu'elle est inexacte : « La morale peut également s'occuper des actes et le droit des intentions, et il est difficile de concevoir même qu'on ait pu le méconnaître. Une morale peut prescrire des rites, des gestes, des actes purement extérieurs. A l'inverse, le droit pénal ne punit les délinquants que s'ils ont agi intentionnellement. La théorie de la fraude à la loi, ou celle du détournement de pouvoir montrent que des actes matériellement licites peuvent devenir illicites en raison de l'intention dans laquelle ils ont été accomplis. Ces observations sont élémentaires. Elles sont d'ailleurs traditionnelles et on les trouve, par exemple, exposées chez un auteur tel que R. P. de Pascal (*Philosophie morale et sociale*, I, page 294) : « Ni la morale ne regarde seulement l'intérieur, ni le droit seulement l'extérieur. La seule intention ne suffit pas à la moralité d'un acte, il faut encore que les actes extérieurs soient conformes à la loi du bien. L'intention de l'agent moral est le principe de la moralité subjective et de l'imputabilité ; mais, on le sait, outre la moralité subjective, il y a une moralité objective qui est déterminée par l'objet, suivant son rapport avec l'ordre moral et par les circonstances qui l'accompagnent. A son tour, le droit ne peut regarder le seul fait extérieur, car le droit règle les actes humains, qui supposent connaissance et liberté et qui, privés de ces éléments, ne mériteraient aucun respect ». (chap. V, *Le droit idéal*, § 3. Le droit et la morale devraient se distinguer d'après leur objet (acte ou intention), p. 189-190). — *Adde* : G. Ripert, *La règle morale dans les obligations* (Introduction, I, p. 10, n° 5). La thèse de M. Ripert consiste à dire qu'il n'y a aucune différence de domaine, de nature et de but entre la règle morale et la règle juridique. On comprend donc sa manière de

étant contredit par les notions usuelles du droit positif (1).

A ce point de vue, toute hésitation, en ce qui concerne la notion de bonne foi et son emploi dans la définition du droit, devient donc puérile. Mieux, le caractère psychologique de cette notion ne peut non plus être un obstacle à cet emploi. Cela d'autant plus que ce caractère se rencontre dans des prescriptions précises du droit positif (2), que la bonne foi — en tant que notion spécifique du droit — peut s'apprécier et s'apprécie, elle aussi — comme nous allons le voir — objectivement, et que son affirmation, loin d'aboutir à la suppression de la

s'exprimer en ce qui concerne le but de ces deux sortes de règles. « On n'est pas beaucoup plus avancés quand, renonçant à distinguer par leur étendue le domaine du droit et de la morale, on essaie de les caractériser par le but des règles, le droit se proposant l'ordre et ne s'occupant que des actions, la morale s'occupant des intentions et se proposant le perfectionnement interne individuel. La morale fait, elle aussi, des différences entre l'action et l'intention et, si son observation rend l'homme meilleur, cette amélioration a pour résultat immédiat d'assurer un meilleur ordre social. Si le droit s'occupe des actions il n'est pas indifférent aux intentions et il serait singulièrement paradoxal de dire qu'il a pour mission la protection des corps et non celle des âmes; s'il se désintéresse de l'amélioration morale de l'individu, il ne joue plus son rôle dans la société ».

1. V. la note précédente. Et M. Rippert de conclure (*op. cit.*, Conclusion n° 206, p. 416): « Pour prétendre que le droit s'oriente vers un système réaliste et objectif, il faudrait que, par éliminations successives, on vit tomber toutes ces notions purement psychologiques qui subsistent dans notre droit. Or, loin de disparaître, elles envahissent le domaine juridique. Le droit progresse dans la mesure où elles triomphent, parce qu'il s'imprègne d'une plus grande moralité ».

2. V. notamment les art. 103, 105, 1040, 1221, 1283, 1338, 1049 et surtout 1156 et 1163.

liberté de conscience, la garantit au contraire et lui assure un champ d'activité inviolable, par la limitation indirecte qu'elle apporte (1) à l'immixtion politique, celle-ci s'attribuant abusivement (2) le monopole du droit, au nom duquel elle se posait en champion. Du reste, la forme sous laquelle nous avons conçu la construction de notre définition du droit, à savoir celle d'une règle générale (3) dont l'impératif sera seulement évoqué (4), cette forme même évitera une injonction qui pourrait être mal interprétée, à cause de son caractère intrinsèque, spécifiquement moral.

Quant à l'exigence interne, de la définition du droit, de présenter un contenu complexe, correspondant à la série téléologique, la manière dont nous avons établi ce contenu (5) et spécialement l'aspect en cascade (6) de notre définition fourniront à cette notion un cadre, dans lequel elle dominera d'autres éléments, tout en leur laissant leur originalité et, par suite leur raison d'être.

Il résulte de là que cette notion de la bonne foi pourra donc figurer parmi les éléments de la définition du droit que nous entendons construire et qu'elle constituera valablement, le contenu de l'élément

1. V. *ci-dessus* p. 206-207 (n° 97 *in fine*).

2. V. en sens contraire J. Dabin, *op. cit.*, n° 46 : *Le droit département de la politique*.

3. V. *ci-dessus* p. 51, (n° 22).

4. V. *ci-dessus* p. 55-56.

5. *Ibid.*, n° 30 et 34.

6. *Ibid.*, n° 34.

exprimant la caractéristique du droit naturel et, par suite, le fondement du droit.

106. — Mais, une fois ces vérifications faites et ces résultats obtenus, on peut se demander, d'une part, si cette notion de bonne foi n'appartient pas plutôt, par son aspect et son contenu, à la formule d'une définition morale, autrement dit, si elle correspond en vérité, d'une façon spécifique, à l'idée du droit. Car, nous avons vu que l'élément exprimant le fondement du droit, au lieu d'être représenté par une variable contenant virtuellement la différence spécifique de la modalité du droit naturel, sera constitué, au contraire, d'une manière toute spéciale et à cause de la place privilégiée de cette modalité, par cette différence spécifique même, c'est-à-dire par un caractère propre et spécial à l'idée du droit (1).

Et d'autre part — à supposer cette spécificité juridique démontrée — on peut, néanmoins se demander et douter si cette dualité de contenu, ce couplage de significations, peut convenir à une définition juridique (2).

En ce qui concerne la seconde observation, nous ferons remarquer, avec Wundt, que les définitions juridiques se fondent précisément, et à cause du

1. V. *ci-dessus* p. 145.

2. Ces deux ordres de préoccupations correspondent et se rattachent aux deux règles logiques fondamentales de toute définition, savoir : 1^o qu'elle doit convenir au seul défini ; 2^o qu'elle doit convenir à tout le défini. V. Liard, *Logique*, X^e éd., chap. IV ; *La définition*, p. 20.

caractère immédiat de leur abstraction (1), sur un double contenu : moral et logique (2). De sorte que la notion juridique exprimant le fondement du droit aura nécessairement un aspect dualiste. Cela n'empêchera pas qu'elle soit une notion propre et spéciale à l'idée du droit. Il reste donc à prouver que cette notion de bonne foi est la notion spécifique de cette idée. Pour cela il nous faudra l'étudier dans ses origines et ses transformations, dans son évolution et ses créations juridiques positives.

1. Wundt, *Logik*, loc. cit. : « Dass sich diese Abtraction nicht mit einem Schlage vollzogen hat, lehrt die auf niedrigeren Entwicklungsstufen der Rechtsanschauung so verbreitete Trübung der Rechtsbegriffe durch zufällige Einflüsse der Sitte eine Trübung von der auch die spätere Entwicklung nicht ganz frei bleibt. Die einzigen Führer durch solche Verirrungen sind schliesslich die sittlichen Normen die weil si alle Einflüsse zufälliger Lebensgewohnheiten überdauern, immermehr in den bleibenden Rechtsnormen zur Herrschaft gelangen müssen. Das Verhältniss der sittlichen Normen zu den Rechtsnormen ist aber weder ein solches der Identität noch der einfachen Überordnung. »

2. *Ibid.*, « Auf diese Weise gründen sich die Rechtsdefinitionen schliesslich auf eine *doppelte Subsumption*, auf eine solche unter die ethischen Normen und auf eine andere unter die logischen Gesichtspunkte, die sich aus der Erwägung der speciellen Rechtszwecke ergeben. Naturgemäss tritt in der Fassung der Rechtsdefinitionen die letztere Subsumtion in den Vordergrund, während die ersten meistens nur stillschweigend vorausgesetzt ist, darum aber nicht weniger auf den Inhalt der Sätze ihren Einfluss ausübt.

TITRE II

La bonne foi, notion spécifique du droit.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINES DE LA NOTION DE BONNE FOI

« Il faut garder la foy, sans avoir
esgard si celui le mérite auquel on
l'a donnée ; car toujours il y va de
l'honneur de Dieu et de la Répu-
blique. »

Jean BODIN.

(*Les six livres de la République.*
Ed. de Lyon, 1580, p. 563).

SECTION PREMIÈRE

Considérations générales.

§ 1. Contemporanéité des idées du droit et de la bonne foi.

— § 2. Causes qui ont contribué à masquer ou à maintenir
dans un clair-obscur symbolique la notion de la bonne foi.

— § 3. Considérations qui nous ont déterminé à envisager la
bonne foi sous la forme d'une idée.

§ 1. — CONTEMPORANÉITÉ DES IDÉES DU DROIT

ET DE LA BONNE FOI.

107. — L'idée de bonne foi est vieille comme le
droit : elle se confond avec les origines de la société

humaine et son existence et son rôle créateur, en tant qu'idée juridique, sont constatés dans les États de civilisations avancées, comme dans ceux des organisations primitives et sauvages. Elle est à la base des institutions juridiques du monde moderne, comme elle fonde et inspire les usages les plus anciens.

Aussi, les plus primitives manifestations et pratiques sociales à caractère juridique — telles que les institutions du *potlach* et du *kula* des tribus sauvages (1) — n'ont d'autre fondement et ne s'inspirent d'une autre idée que de celle de la *bonne foi*. C'est cette idée qui détermine le système des dons acceptés et rendus constituant le mécanisme du *potlach*, et c'est elle qui explique et justifie le fonctionnement de la sanction de l'obligation de rendre, qui va de la vengeance magique (*kula*), jusqu'à l'esclavage pour dettes (*potlach*). Ces coutumes des tribus primitives qui s'analysent dans un système d'échanges, imposent l'obligation de rendre des dons et des fêtes qui devront être restitués dans un certain temps et de façon usuraire (*potlach*) par ceux qui les ont reçus. Mais pourquoi ces restitutions sont-elles obligatoires ? « C'est, nous dit M. Warnotte, parce qu'entre le donateur et le donataire il y a un lien d'âmes, créateur d'un lien de droit (2). » La chose donnée a elle-même une âme ; elle est de

1. D. Warnotte, *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*. Bruxelles, 1927, p. 8 et 11.

2. D. Warnotte, *op. cit.*, p. 20.

l'âme, elle est une partie de l'âme de celui qui la donne. Présenter quelque chose à quelqu'un, c'est présenter quelque chose de soi. La lui donner c'est prouver sa bonne foi (1), c'est fixer en quelque sorte ses intentions loyales à son égard (2) et, par là-même, c'est constituer celui qui la reçoit en état d'obligé. Ne pas la restituer serait, de la part de ce dernier, garder une chose qui, par son âme, ne lui appartient pas, une chose qui, en conséquence, le rend de mauvaise foi (3) et donne prise magique et religieuse sur son âme. Elle autorise ainsi l'esclavage corporel pour dette, suite de la perte de la liberté morale (4).

1. C'est ainsi que dans le kula, système de commerce désintéressé consistant dans une série de dons où chaque membre a son partenaire comme il a son hôte, « le passage régulier des bracelets et des colliers peut être interprété comme ayant pour but de rappeler l'amitié qui unit le visiteur à son partenaire et de rassurer les parties sur *leurs intentions réciproques* (*Ibid., loc. cit., p. 47*). Une fois cet état d'esprit établi et vérifié, et sur son fondement, un échange économique de marchandises utiles, distingué par un marchandage très tenace des deux parties, a lieu. C'est le *gimwali*, qui se greffe sur le kula.

2. *Ibid.*, p. 48.

3. Comp. Cicéron, *De officiis*, I, 16 : « La libéralité a deux caractères : elle donne et elle rend. Il dépend de notre volonté de donner, mais *rendre est une obligation pour l'honnête homme*, lorsqu'il peut s'acquitter sans faire murmurer la justice ».

4. Le seul fait d'avoir la chose, observe M. Warnotte, met l'acapiens dans un état incertain de quasi-culpabilité (*damnatus meus, aere obaeratus*), d'infériorité spirituelle, d'inégalité morale (*magister, minister*) vis-à-vis du livreur (*tradens*), *loc. cit.*, p. 29.

§ 2. — CAUSES QUI ONT CONTRIBUÉ À MASQUER OU À MAINTENIR DANS UN CLAIR-OBSCUR SYMBOLIQUE LA NOTION DE LA BONNE FOI.

108. — C'est donc sur le plan de l'idée de bonne foi que le système juridique de ces échanges primitifs se meut et se réalise. C'est cette idée — bien que n'ayant pas encore un correspondant conceptuel défini — qui anime et inspire ces réalisations juridiques primitives, qu'on suppose à l'origine de l'obligation contractuelle, comme elle anime et inspire les institutions juridiques, nettement caractérisées, des civilisations étatiques (1). Et si, dans ces dernières, elle n'apparaît pas toujours sous la forme catégorique de sa notion positive, cela tient à deux causes principales.

La première c'est le développement dans le temps de tout processus matériel ou intellectuel et la faiblesse ou la limitation de l'entendement à suivre, avec la même intensité et concentration, la suite des transformations et à saisir d'un seul coup, dans son intégralité, la réalité multiple et multilatérale. En effet, toute action humaine, et par suite tout acte ou processus juridique, se développe dans le temps : par conséquent il s'analyse et se décompose dans

1. Comp. Gaston Richard, *Origine de l'idée du droit*, p. 55 : « Si l'on se demande comment s'est formée la conception juridique des contrats, on est amené à penser qu'elle provient par opposition des mesures prises pour réprimer le faux et la fraude, l'abus de confiance, l'escroquerie, l'émission de fausse monnaie : de là se déduit par voie de conséquence la validité de l'engagement conclu loyalement, sans fraude et sans violence.

plusieurs moments caractéristiques (1). L'attention humaine peut se porter successivement sur ces divers moments, mais elle ne peut les présenter à l'esprit dans le même instant et avec la même intensité. Elle peut, tout au plus, abstraire leur essence et construire une notion synthétique, qui fatalement soulignera un de ces moments, autour duquel la cristallisation s'est opérée.

Mais, en ce qui concerne les autres différents moments concrets et détaillés, la faiblesse et les limites de notre attention feront qu'ils ne pourront être saisis que séparément, l'entendement humain ne pouvant envisager une chose que par un seul côté à la fois (2). Et la même limitation se retrouve et s'affirme quant aux suites des conceptions juridiques car « notre intelligence limitée ne peut suivre jusqu'au bout la série infinie des applications de ses principes » (3). De cette sorte, dans la réglementation juridique des relations sociales, l'idée de bonne foi n'a pu s'appliquer, à un moment donné de l'histoire, que par rapport à l'un des divers moments du développement de ces relations. Ce moment ou point d'application de l'idée de bonne foi a varié avec l'évolution intellectuelle, sociale et

1. C'est ainsi qu'on distingue, dans la théorie générale des obligations, cinq moments, à savoir : 1^o celui de la *formation* du lien obligatoire, 2^o celui de sa *validation*, 3^o celui de ses *effets* et donc de son *interprétation*, 4^o celui de l'*exécution* et 5^o le moment de l'*extinction* de l'obligation.

2. Barrau, *op. cit.*, p. 153.

3. Victor Brochard, cité par Bonnecase, *La notion du droit*, p. 229-230.

économique, avec l'évolution de la civilisation humaine. D'où la diversité des théories juridiques qui a entraîné la diversité de leur appellation, pour marquer le point d'application auquel elles se rapportaient.

La seconde cause consiste dans la division constructive du travail humain, amassant des éléments disparates et occasionnels sous l'amoncellement desquels les principes et les idées originaires sont enfoncés et disparaissent, de façon à ce que leur rappel, à la lumière et à la vie, nécessite un vrai travail archéologique. Car ce sont les théories, en tant que construction du travail divisé de l'esprit humain, qui ont contribué le plus souvent, avec leur apport technique, à masquer le donné fondamental de l'idée directrice du droit.

Cependant, et malgré les apparences trompeuses, ce donné a existé — quelquefois inconsciemment — au centre des préoccupations juridiques et c'est pour l'évoquer que nous avons fait appel, non pas au concept, mais à *l'idée* de bonne foi, comme plus compréhensive et dès lors plus générale dans sa signification fondamentale.

§ 3. — CONSIDÉRATIONS QUI NOUS ONT DÉTERMINÉ
A ENVISAGER LA BONNE FOI SOUS LA FORME D'UNE IDÉE.

109. — En rédigeant le titre de notre étude c'est de cette *idée* que nous avons entendu parler et, de même, quand nous avons affirmé le fondement du droit, c'est toujours sur *l'idée* de bonne foi que

nous l'avons basé. Nous avons signalé déjà, au cours de cette étude, les motifs pour lesquels nous entendions envisager ce fondement sous la forme d'une idée (1). Ces motifs sont au nombre de deux et appartiennent à deux ordres de préoccupations, à deux points de vue : 1^o *Le point de vue logique*, concernant la nature idéologique du défini et 2^o *le point de vue historique* se rapportant à l'apparition — consignée dans des sources positives — de la notion correspondante de la *bonne foi*, en tant que notion de technique juridique. Car le concept de bonne foi, considéré comme fondement de l'idée du droit, a dû exister, dans la conscience humaine, à l'état d'idée non cristallisée mais consciente et créatrice, avant même que le terme la représentant soit né ou soit entré dans l'usage juridique positif.

Quand celui-ci apparaît comme tel, dans le droit romain classique, il ne fait que marquer un *moment* capital de l'évolution juridique, un tournant caractéristique. Aux conceptions nouvelles il fallait des signes nouveaux, des expressions respirant un air différent de celles usitées jusqu'à lors. On fit appel à la notion de *bona fides* (2). Mais, malgré le caractère particulier et spécial qu'on lui donna, on fit appel à elle, non pas comme représentant une idée nouvelle, mais en tant qu'exprimant une idée ancienne, qu'on avait brusquée un peu par l'emploi exclusif

1. V. ci-dessus, n^o 104.

2. Sur la notion de *bona fides* en droit romain, consulter le *Cours de Pandectes* (années 1923-1925) fait par M. Collinet.

d'une logique rigoureuse, mais qui pouvait soutenir — à cause même de cette ancienneté, qui lui rendait l'autorité nécessaire — le lourd fardeau d'une révolution juridique. Et comme toujours, dans les moments de crises et de transformations, ce sont les éléments fondamentaux du domaine révolutionné qui se manifestent dans toute leur nudité primitive, ce fut de même l'élément fondamental du droit qui fit irruption dans la nouvelle technique juridique de la fin de la République. Ce qui veut dire que *le principe de la « bona fides »* existait déjà, avant sa consécration nominale et technique, à l'état d'idée.

Du reste cela n'a rien d'étonnant si l'on réfléchit, avec Ihering, qu'« un principe juridique peut avoir été en vigueur dans la vie longtemps avant d'avoir été sanctionné par la loi » (1), car « c'est par hasard s'il n'a pas été exprimé plus tôt ou plus tard » (2), et que par conséquent « ce serait une erreur de dater l'origine de ce principe du jour de la loi » qui le consacre. Bien plus, l'idée de bonne foi fut sanc-

1. Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. I, p. 71. De même pour les deux citations qui suivent dans le texte. Ihering ajoute : « Rien ne serait plus erroné que de croire que l'origine des principes déposés dans la loi correspondent à cette date. Il peut y avoir entre les deux une grande distance. »

2. Ce n'est pas le seul hasard qui décide. Il y a ici un autre phénomène qui fournit une explication applicable surtout dans notre cas et que M. Legal précise en ces termes : « ... Bien souvent ce sont les notions les plus essentielles, celles qui sont aussi familières à un peuple que sa propre langue, qui sont les plus malaisées à dégager, car ce sont celles sur lesquelles, dans chaque pays, on éprouve le moins le besoin d'insister, tant elles paraissent imposées par l'évidence » (*De la négligence et de l'imprudence*, thèse, Introd., p. 11).

tionnée bien avant d'être en vigueur comme principe évolutif et transformateur du formalisme (1), car cette idée est à la base même de l'idée du droit et constitue sa spécificité.

110. — C'est ce que nous nous efforcerons maintenant de démontrer. Et puisque nous sommes à présent suffisamment prévenus des causes qui nous ont fait envisager la bonne foi — fondement du droit — sous la forme de *l'idée* de bonne foi, ainsi que de ce que nous entendons par cette sublimation toute symbolique et de circonstance, nous pouvons maintenant revenir à la *notion* même de la bonne foi et l'affirmer comme notion spécifique du droit.

Au reste, en procédant de cette manière, nous ne ferons que nous conformer à la méthode que nous nous sommes imposée ci-dessus (2) et suivre la voie tracée par nos développements antérieurs (3).

1. V. Ihering, *op. cit.*

2. V. *supra*, n° 41.

3. V. *supra*, n° 96.

SECTION II

Considérations historiques

§ 1. Les disciplines desquelles, le droit s'est dégagé : la discipline religieuse et la discipline morale. — § 2. La précipitation du contenu de la notion spécifique du droit; les éléments qui la composent.

§ 1. — LES DISCIPLINES DESQUELLES LE DROIT S'EST DÉGAGÉ: LA DISCIPLINE RELIGIEUSE ET LA DISCIPLINE MORALE.

111. — La notion spécifique du droit a dû nécessairement, par le rôle de son contenu intrinsèque, suivre le travail d'affinement et d'intégration de la discipline juridique et, par conséquent, présenter la composition technique résultée de la réaction idéologique à l'aide de laquelle sa précipitation eut lieu. Or, historiquement, le contenu du droit s'est dégagé de la religion (1) et de la morale (2). Plus

1. V. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, Introduc., p. 3 : « La comparaison des croyances et des droits montre qu'une religion primitive a constitué la famille grecque et romaine, a établi le mariage et l'autorité paternelle, a fixé les rangs de la parenté, a consacré le droit de propriété et le droit d'héritage. Cette même religion, après avoir élargi et étendu la famille, a formé une association plus grande, la cité, et a régné en elle comme dans la famille. D'elles sont venues toutes les institutions comme *tout le droit* privé des anciens. C'est d'elles que la cité a tenu ses principes, ses règles, ses usages, ses magistratures. » Comp. aussi p. 223, 225 et 230.

2. Comp. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, ch. préliminaire, p. 1. L'auteur, après avoir défini le jus, remarque à son sujet : « Les romains l'ont distingué plus rapidement que beaucoup d'autres peuples de la loi religieuse relative aux rap-

précisément il est issu de la partie normative (1) ou régulatrice de la religion et de la foi, de cette partie que l'on désignait sous le nom de *mores majorum* (coutume des ancêtres) et de *fas*, ainsi que de cette partie de la morale appliquée ou constituée par *l'usage des honnêtes gens*, c'est-à-dire de cette partie qu'on désigne habituellement sous le nom de *bonnes mœurs*. Il en est issu tout en se dégageant de l'emprise politique et économique qui les caractérisaient (2).

En effet, sous la poussée de nécessités sociales pressantes et par la force du progrès intellectuel de la civilisation humaine, les règles qu'imposent

ports des hommes avec leurs Dieux (*fas*) et ils ont aussi parfaitement aperçu la démarcation qui le sépare de la morale, dont les règles, considérées comme n'intéressant pas l'utilité publique, sont obligatoires seulement devant la conscience et peuvent être enfreintes sans répression. » De même M. Cuq, dans son *Manuel des institutions juridiques des romains* (Ed. 1 chap. 1 p. V) observe : « A l'origine le droit est en partie confondu avec la religion, en partie coutumier; quelques dispositions ont été consacrées par un vote du peuple. Ces trois sortes de règles sont désignées respectivement par les mots *fas*, *mores* (*mores majorum*, la coutume des ancêtres), *jus*. »

1. V. Cuq, *Institutions*, 1 p. 62 « La coutume se rattachait aux croyances religieuses et avait pour fondement la volonté présumée des dieux... la coutume a été considérée comme puisant sa force dans la volonté des dieux. » Voir aussi la définition de Festus : « *Mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones caeremoniasque antiquorum.* » Il subsiste, à l'époque historique, plusieurs institutions qui n'ont d'autre fondement que cette sorte de coutume; il suffira de citer la famille et le mariage.

2. V. Girard, *op.cit.*, *loc.cit.*, p. 2 : « ... à l'époque ancienne de Rome... chez les Romains il y a eu forcément un mélange entre le droit et la religion, tant que les pouvoirs politiques et religieux sont restés dans les mêmes mains. »

les devoirs d'abstention consistant à respecter autrui dans sa vie, dans ses biens, dans son honneur et qui visent simplement à rendre l'homme plus supportable à l'homme dans l'intérêt de la paix générale (1), ces règles, anciennement disséminées parmicelles des deux disciplines, morale et religieuse, ont dû, peu à peu et à la longue, être distinguées et groupées sous une rubrique à part : celle du droit.

Mais il ne faudrait pas se méprendre et croire que l'idée du droit est née de la religion et de la morale. Contre une pareille interprétation il faut nous mettre en garde dès le commencement, car ce serait faire accrédi-ter à notre insu une conception erronée (2), que de la laisser s'insinuer à notre encontre. Non ! l'idée du droit est une idée sociale première, une idée constitutive et non pas une idée dérivée, secondaire. Et c'est cette idée qui a pénétré, fécondé les deux disciplines normatives de la religion et de la morale, qui les a, en quelque sorte, créées dans leur partie sociale, leur infusant son rythme (3) et les utilisant comme moyens, pour s'en

1. V. Gaston May, *op. cit.*, chap. I et II.

2. Il est habituel de voir cette conception suggérée par la construction idéologique, en apparence contradictoire, des auteurs qui — tout en affirmant que le droit « force normative des activités sociales » est « assurément aussi vieux que la société » et que l'idée du droit et l'idée de société sont en réalité inséparables — trouvent cependant que le droit est le produit évolutif d'une différenciation des normes religieuses (V. Cornil *Le droit privé*, 1924, chap. I, p. 9 et 4). Consulter *Rev. de droit international et de législation comparée*, 1910, p. 482).

3. Cornil, *op. cit.*, 9 «... la vie en société nous procure la sensation d'un rythme;... de cette sensation, notre pensée, par un travail de généralisation et d'abstraction dégage l'idée de droit.»

dégager ensuite, après avoir fait une heureuse moisson. Si elles ont donc pu constituer son critère par la juxtaposition des éléments formels leur appartenant, c'est que ces éléments avaient déjà subi son influence potentielle les rendant aptes à dégager sa spécificité sociale.

§ 2. — LA PRÉCIPITATION DU CONTENU DE LA NOTION SPÉCIFIQUE DU DROIT ; LES ÉLÉMENTS QUI LA COMPOSENT.

112. — Du même coup a dû se dégager, s'épurer et se préciser aussi le critère de distinction de cette discipline indépendante : la discipline juridique. Car, pour avoir préexisté principalement à cette opération, comme du reste il avait préexisté, idéalement, aussi, à l'opération inverse de pénétration — sous l'action des forces politiques, — de la discipline religieuse par l'idée du droit, ce critère n'avait pas cependant un correspondant conceptuel défini, en dehors du concept même du droit ; ou, s'il l'avait, il représentait plutôt une forme dont le contenu, bien qu'en puissance, restait à être comblé, précipité, révélé. Et ce fut justement après que le droit se fut longtemps incorporé, soudé, asservi aux deux doctrines visées et sous leur action réciproque, déterminé par la présence catalysatrice de cette forme moule, que ce contenu se précisa. Les lois de la discipline morale jouèrent sur celles de la discipline religieuse le rôle d'un réactif séparant l'élément psychologique : la croyance, *la foi*, du

milieu politique dans lequel elle était en dissolution, pour former, avec l'élément éthique lui appartenant — dégagé à son tour de son pendant économique — et caractérisant la chose qui est permise, qui est *bonne*, au point de vue social, le précipité de la notion spécifique du droit : la bonne foi (1).

113. — *La notion spécifique du droit résulte ainsi de l'accouplement de ces deux éléments* (2). Et cela s'explique aisément : si l'on pense que la discipline religieuse régit des *rappports* d'un ordre *surnaturel* (3), tandis que celle morale indique les *voies*

1. C'est ainsi que s'explique le double fondement : éthique et psychologique, de la bonne foi. V. à ce sujet Bonfante, *Essenza della buona fede*, dans *Bolletino dell'Istituto di diritto romano*, vi, 3-4 p. 85-118, (*Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore*, dans *Scritti giuridici varii*, II, p. 718-sqq.). — Adde : Pugliesse, *La prescrizione nel diritto civile*. Prima parte, *La prescrizione acquisitiva*, t. 1, p. 622 et 625 (nos 333 et 334).

2. Cette solution correspond et s'adapte parfaitement à celle donnée finalement au problème, dont le fondement du droit constituait l'inconnue. En effet, d'après que l'accent des considérations, portant sur le fondement de ces disciplines, tombait soit sur celui religieux soit sur celui moral, on trouvait au droit, tour à tour, un fondement divin ou moral. A la longue, comme il apparut que la religion pouvait être envisagée, dans son essence, comme une doctrine morale d'inspiration divine, tandis que la morale proprement dite s'affichait comme une religion s'inspirant de la raison humaine, le droit ou la discipline juridique se précisèrent comme *une morale de nature sociale*, ayant ses sources tant dans la religion que dans la morale. En conséquence l'on finit par attribuer au droit un fondement social. Comp. ci-dessus p. 148, texte et note : Comp. aussi R. Capitant, *op. cit.*, 173, note 1.

3. G. Cornil, *op. cit.*, p. 5 : « La religion réunit les préceptes normatifs des activités humaines, conditionnés par la puissance mystérieuse de la divinité ; elle fournit en d'autres termes, la réglementation des rapports, que crée entre les hommes la dépen-

de réalisation de l'ordre humain *individuel* (1) ; l'accouplement des éléments formels de ces deux disciplines était tout indiquée pour fournir la notion spécifique de la discipline juridique, cette discipline qui s'applique à déterminer *les voies sociales des rapports humains* (2).

114. — Et, bien que cette opération ait dû s'effectuer partout où un semblable mouvement s'est réalisé, il n'en reste pas moins vrai que c'est en droit romain qu'elle apparaît avec le plus d'évidence, avec l'évidence que la systématisation logique et la survivance des textes positifs infuse et fournit. Et cela d'autant plus que la notion de bonne foi apparaît, comme notion technique de ce droit, juste au moment où il cherche à se dégager d'un formalisme d'origine, sinon immédiatement du moins médiatement, religieuse et d'un usage, sinon directement, tout au moins indirectement, moral.

dance de ceux-ci au regard de la puissance inconnue de la divinité. »

1. « L'impératif moral est posé en vue de la réalisation de l'ordre individuel chez le sujet (cet ordre individuel s'appelle le bien) » R. Capitant, *op. cit.*, p. 174.

2. Ainsi s'explique, en se pénétrant d'une lumière toute nouvelle, la célèbre définition de la science du droit donnée par Ulpien (D. I. I, De j. et j. 10, 2 ; Inst. I, I de j. et j. I) : « *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justique atque injusti scientia.* » Sur cette définition voir Félix Senn, *Les origines de la notion de jurisprudence*. L'auteur résume très bien les opinions courantes parmi les différents auteurs relativement à cette définition : « Si nous recherchons chez les interprètes du droit romain le sens de cette définition, nous constatons moins de divergences profondes d'interprétation qu'une-

Quoi qu'il en soit de l'évidence de ces considérations générales en ce qui concerne l'origine juridique de la notion de bonne foi, il ne sera pas inutile de fournir à l'appui de cette thèse — comme nous l'avons fait aussi pour l'analyse du fondement du droit — des preuves autrement rigoureuses et parlant étymologiques.

certaine imprécision et un certain embarras pour expliquer cette notion de jurisprudence. De nombreux auteurs citent le texte d'Ulpien sans commentaire, comme une formule devenue proverbiale. D'autres déclareront que cette définition est la définition de la science du droit considérée comme englobant à la fois les choses divines et humaines ; et qu'elle est le legs d'un passé où se trouvaient confondus le droit, la morale et la religion. Cette définition de la jurisprudence, jointe à quelques autres préceptes, devrait seulement nous rappeler au prix de quels tâtonnements les Romains eux-mêmes sont parvenus à la notion scientifique d'un droit indépendant de la religion et distinct de la morale. C'est là l'explication actuellement le plus généralement admise de cette définition » (p. 2-3). D'autre part, M. Senn présente ainsi son opinion : « elle sera la définition que fournit aux Romains l'application au droit de la notion de prudence. Toutefois une remarque philologique s'impose pour ce texte, comme pour d'autres textes analogues. Les deux éléments de la définition : d'une part, la connaissance des choses divines et humaines, d'autre part, la science du juste et de l'injuste, ne sont pas deux éléments d'égale portée, qui doivent être considérés comme deux aspects semblables de la notion à définir. Ici la définition, comme beaucoup d'autres définitions, se caractérise d'abord par l'énoncé du domaine plus vaste de connaissance dans lequel la jurisprudentia trouve sa place, pour aboutir à l'énoncé du domaine propre de cette jurisprudence. Il n'est plus nécessaire d'insister sur ce point, après les explications données au sujet de la notion grecque de prudence. Et c'est pourquoi nous traduisons le texte d'Ulpien : « la jurisprudence est, étant connues les choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste. »

SECTION III

Considérations étymologiques.

§ 1. L'appellation chinoise du droit naturel: le *fa* et sa signification. — § 2. Les rites et le droit religieux. *fa* et *fas*. — § 3. La *fides*: son sens religieux primitif et ses rapports avec la *fas*. — § 4. La laïcisation de la signification de la notion de *fides*. — § 5. La transformation de la *fides* et la notion de la *bona fides*.

§ 1. — L'APPELLATION CHINOISE DU DROIT NATUREL : LE FA ET SA SIGNIFICATION.

115. — Le droit naturel, que nous avons vu indiquer et préciser le fondement de l'idée du droit, fut exprimé dans l'ancienne Chine par le mot *Fa* 法 (1) qui veut dire droit, règle, loi, modèle, méthode, moyen permanent, et qui possède une signification à peu près identique à celle de *hing-fa*: châtiment, peine (2). Le caractère chinois exprimant ce mot *fa*, est constitué par deux éléments :

1. Leang K'i-Tch'ao, *La conception de la loi*, chp. II, p. 19 : « Ce que l'on appelle *fa*, c'est proprement la conception du « droit naturel ». L'origine du *fa* c'est « la voie du Ciel et les Causes et les événements humains ». Les manifestations de cette voie et de ses causes sont nommées images, *siang* ; lorsque les images se concrétisent, ce sont des objets. A l'imitation de ces images et de ces objets, façonner certaines lois pour l'usage, c'est ce qu'on appelle *fa*. En vérité c'est bien ici l'idée que, s'il y a des choses, il y a des règles ». On pourrait conjecturer, d'après les conceptions occidentales, que la voie du ciel est constituée par la *foi*, tandis que les causes humaines, qui peuvent être à l'origine du *fa*, sont celles que l'on nomme correctes ou *bonnes*, de sorte que l'origine du *fa* serait l'idée de bonne foi. Celle-ci se manifesterait par des usages qui, en se concrétisant, fourniraient les lois.

2. *Ibid.*, chap. I, p. 1 et suiv.

1^o l'élément *chouei* exprimant l'eau et 2^o l'élément *tchai* exprimant la *licorne*. Leur juxtaposition indique le *fa*, le droit, car c'est lui qui aplanit comme l'eau et qui frappe et repousse, comme la licorne, ce qui n'est pas correct.

D'après l'école de Mo Ti, le *fa* exprime le modèle ou la règle de la conformité (chouen — conforme) de laquelle résulte le juste (1). Le *fa* est donc une règle de conformité juridique. Il résulte de là que le critère de ce *fa* ou droit a été, à l'origine, un critère formel à contenu indicatif : le critère de la conformité à ce qui est bon, à ce qui aplanit, et à ce qui frappe et repousse ce qui n'est pas correct. Ce critère est allé en se précisant avec le cours des temps et l'évolution sociale. D'après Sinn Tseu, la grande différenciation du *fa*, fut constituée par les rites qui sont « ceux dont le Prince fait le modèle et la source du peuple ».

§ 2. — LES RITES ET LE DROIT RELIGIEUX. FA ET FAS.

116. — Ces rites — *li* — se rapprochent de la loi prise au sens étroit du terme, et les Confuceistes

1. Leang K'i-Tch'ao, *op. cit.*, p. 20. L'auteur résume ainsi la doctrine de cette école : « L'école de Mo Ti s'exprime ainsi : « le *fa*, c'est ce d'après quoi l'on agit », *fo* est la même chose que *jou* (comme), cela signifie *chouen* (conforme) » (voir ci-dessus p. 183, note 1, l'étymologie du mot *jus*). « Ce d'après quoi l'on agit » ; si on l'explique en langue vulgaire, cela revient à dire : « agir en se conformant à ceci, alors c'est bien. » La même école ajoute : se régler sur quelque chose, c'est le prendre pour modèle. La chose sur laquelle on se règle, c'est ce qu'on prend pour modèle. Par conséquent, se conformer au modèle, c'est le juste ; ne pas se conformer au modèle, c'est le faux ».

précisent que : « prendre modèle sur les anciens souverains, c'est se modeler sur leur modèle *fa* » (1). Ces rites avaient un caractère religieux, puisque les Princes et les Souverains étaient des pontifes (2). Par ce côté le *Fa* précède le sens du *fas* romain, qui s'apparente ainsi à la conception chinoise du droit (3). En effet, le droit religieux, qui montre *ce qui est permis par la religion*, comprend des règles ou des rites accompagnés de formules sacrées, suggérées par les dieux aux rois et aux prêtres et se rapportant au culte et aux rapports internes de la famille (4). Du reste *fa* et *fas* ont la même racine.

1. Leang K'i-Tch'ao, *La conception de la loi*, p. 22.

2. En effet, comme l'a montré M. Hovelague, l'organisation sociale chinoise est basée sur le culte des morts. Ce culte a donné naissance aux rites, qui, avec les formules sacrées qui les accompagnent, ont été révélés par le ciel au premier ancêtre commun. Par conséquent la civilisation chinoise, très rapprochée de celle romaine décrite par Fustel de Coulanges, a comme base la famille patriarcale. Cette famille se divisa peu à peu en clans, en tribus, puis en principautés, sous des chefs qui sont des pontifes. Ces principautés, s'ordonnent en monarchies, qui s'absorbent enfin dans l'Empire, qui garde sans changement les caractères primitifs d'une société dominée par le culte des morts et unie par le lien religieux qui fait du chef le père et le prêtre de la communauté tout entière (E. Hovelague, *La Chine*. Paris, 1920, p. 124 et suiv. et p. 104).

3. Cette parenté est d'autant plus plausible que la croyance fondamentale est la même. Voir *ci-dessus*, la note précédente. M. Meynial faisait déjà remarquer que les Romains ont toujours eu ce qu'on peut appeler le « penchant rituel », qui leur est d'ailleurs commun avec bien des populations primitives (*Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français*, dans la *Revue d'histoire du droit*, Haarlem, 1923, t. IV, fascicule 4, p. 415).

4. V. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, édit. I, p. 5 et *Les Institutions juridiques des Romains*, édit. I, t. I, p. 54.

fa : briller (1). *Fas* signifie étymologiquement ce qui brille comme indication divine (2). C'est donc une loi religieuse qu'on montre comme modèle, une loi de nature divine établissant la foi à suivre, la *fides* (3).

1. L'origine étymologique du mot *fas* a été des plus discutée. Les Romains le faisaient dériver de *fari* (parler), pris dans le sens spécial de parler par *inspiration* religieuse (V. Cuq, *Manuel*, loc. cit., note 1. V. les références). M. Breal dans son *Dictionnaire étymologique latin*, tout en rangeant le mot *fas* sous l'article du mot *fari*, à cause de l'interprétation romaine signalée, fait observer qu'en réalité *fari* vient de la racine sanscrite *bha* (parler) tandis que *fas* correspond au grec *Θέμις* (« Thémis » servit plus tard à désigner la déesse de la justice) et appartient à un primitif *dha* (établir) qui a donné, dans toutes les langues de la famille, des mots signifiant : « loi ». Bréal croit, en conséquence, qu'il y a eu confusion entre les deux familles de mots dérivant de *bha* et de *dha*. Mais le verbe *dha* correspond au substantif *dhar*, *dhr* (ce qui est établi comme règle invariable) dont nous avons vu dériver *driva* considéré comme l'ancêtre du mot *droit* (V. ci-dessus p. 176, n° 83). On saisit alors le rapport étroit existant entre l'idée du *fas* et celle de *droit*, ou plus précisément le caractère juridique du *fas*. Seulement *dhr*, *dhar* avaient aussi une signification morale traduite par « devoir », « vertu » et précisée dans le dérivé *dhrivan* (vertu, moralité). Or, le sens précis du *fas* est : « ce qui est permis par la religion ». Il en résulte que cette notion présente un caractère de politique religieuse que la racine *dha* ne possédait pas. Dans ces conditions nous sommes enclin à croire que *fas* devenu indéclinable — ce qui témoigne de son ancienneté — dérive du primitif *fa* synthétisant les significations du *dha* et du *bha*. Cette racine est du reste aussi à la base du *facio*, dont les applications sont des plus diverses, justement à cause de la généralité de sa signification, et qui, dans la langue religieuse, signifie, « sacrifier » et dans celle politique : « être du parti de quelqu'un » ; d'où *faction* : parti politique. (Comparer les mots *fascia* et *fascisme*).

2. Comp. Pott, *Etymologische Forschung*, I, 195, p. 271, cité par Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. I, 267, note 225. La conclusion, c'est que *fas* signifie étymologiquement (dérivant de *bha* = paraître) ou bien ce qui paraît, la lumière, ou bien une indication (divine), un oracle divin comme *fatum*.

3. La racine de *fides* est le latin *fid* : se fier. Comparer le sanscrit *veda* dont la racine est *vid* : savoir, connaître, et dont

de l'esprit de laquelle on doit s'inspirer. Et, si le *fas* n'enseigne pas la *fides* entendue comme moyen de connaissance de la vérité, c'est que celle-ci n'est pas la religion même, mais une loi de nature politico-religieuse. Elle impose cependant la *fides*, comme état d'esprit qui se rattache aux vérités de cette religion domestique et qui pénètre les institutions se caractérisant par la croyance dans les divinités qui la spécifient. C'est ce qui est confirmé par les matières dans lesquelles le *fas* a conservé sa valeur, après être — d'une manière générale — tombé en désuétude (1), cédant la place au *jus*, à savoir : 1° par le contrat d'hospitalité, en droit international et 2° par le premier serment prêté par l'esclave, qui promet ses services à son maître au moment de son affranchissement (2). Dans les deux cas il y a un engagement, une promesse de foi. Du reste, les traités internationaux portaient justement le nom

le sens est celui de : « science en général », comme *vidā*, mais plus spécialement de « loi religieuse, suprême, directement révélée et qu'il faut connaître ; la loi proclamée doit être connue de tous et nul n'est censé l'ignorer » (Pictet, *op. cit.*, t. III, § 322, *La loi, la coutume, le droit, la justice*, n° 4, p. 140). V. aussi le correspondant anglais *Faith* dont la racine se rapproche du primitif *fa*. La foi est, du reste, définie dans *l'Evangile* (Heb. II : 1 et 2) comme : « une substance des choses qu'on espère, une démonstration de celles qu'on ne voit pas. Car c'est par elle que les Anciens ont reçu témoignage ». Les pontifes, qui parlent par inspiration divine, établissent et font connaître la foi, cette démonstration des choses qu'on ne voit pas, mais qui brillent par leur origine divine.

1. Ce qui arriva à l'époque des guerres puniques. V. Bonfante, *Histoire du droit romain* (trad. française), t. I.

2. Cuq, *Manuel*, p. 5, note 1.

de *foedus* (1), quand, lors de leur conclusion, on avait invoqué la protection des Dieux (2), car ils étaient placés sous la garantie de la divinité représentant la foi : la *Fides*. Le culte de cette divinité — une des plus anciennes de Rome, celle qui, d'après la légende, aurait eu son temple sur le Palatin, élevé par une petite fille d'Enée dès son arrivée en Italie — se retrouve en Grèce aussi bien que chez les peuples italiques (3). Ce caractère religieux et fondamental de la *fides*, ainsi que ses rapports avec le *fas*, sont donc suffisamment apparents pour pouvoir conclure à leur étroite connexité, à leur enchaînement naturel.

§ 3. — LA FIDES : SON SENS RELIGIEUX PRIMITIF
ET SES RAPPORTS AVEC LE FAS.

117. — Quant à la signification concrète de cette Fides, qui, par ailleurs, allume le feu sacré du foyer et offre l'holocauste, elle peut être indiquée et traduite par un état d'esprit de fidélité *lato-sensu*. La fides est d'abord l'adoption d'une direction de la vie et c'est ensuite la soumission complète des actes de la vie à ses injonctions (4). L'idée de bonne foi

1. Le rapport entre les deux mots : *fides* et *foedus* est affirmé tant par Cicéron (*De officiis* III, 31 : « Foedera quibus etiam cum honeste devincitur, fides »), que par les auteurs modernes. Comp. Bréal, *op. cit.* V. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 388. note 5.

2. V. Cuq, *Manuel*, p. 364 et *Institutions*, t. I, p. 388 et 394.

3. V. Cuq, *Institutions*, p. 388 et 664.

4. Comp. Goblot, *Traité de logique*, chap. XVIII. *L'esprit scientifique et le rationalisme*, p. 390 : « Il semble bien d'ailleurs, que dans la signification primitive du mot foi (*fides*, πιστις, crédo),

y est, sous une forme subjective, désignant le respect.

Si des doutes pouvaient encore subsister à ce sujet, l'institution de la clientèle et du patronat est là, pour fournir les preuves servant à les confondre définitivement, le lien de la clientèle étant basé en même temps sur la règle religieuse du *fas* et sur la *fides* (1).

En effet, l'expression caractéristique et quasi-technique qui indique l'état de dépendance et de protection du client est justement : *in fide esse*; et l'acte par lequel le client se met sous la dépendance du patron, ainsi que celui par lequel celui-ci le reçoit, en sa qualité de client, sont désignés respectivement par les expressions — se trouvant aussi dans la *lex repetundarum* de l'époque des Gracques — : *in fidem se dedere* ou *in fidem accipere*. Or, qu'est-ce que signifient les expressions *in fide esse* ou *in fidem se dedere* sinon l'adoption d'une direction de la vie, concernant une affirmation correspondante de l'esprit de celui qui s'y décide, par un acte de foi de sa part. Et le patron qui reçoit le client, le reçoit toujours en vertu de cette profession de foi :

l'idée de fidélité et pour ainsi dire de loyalisme l'ait emporté sur celle d'affirmation de l'esprit. La foi est d'abord l'adaptation d'une direction de la vie; elle consiste ensuite à ne pas l'abandonner pour de faibles raisons, par légèreté, inconstance ou trahison. » Comp. la définition donnée dans la *Grande encyclopédie*, v. mot (t. 17, p. 677) : « La foi est un acte d'adhésion de l'esprit à certaines propositions. »

1. Bontante, *Histoire du droit romain* (traduction française), t. I, p. 115.

in fidem accipere. Du reste, ces expressions ne sont pas seulement symboliques; elles correspondent à une réalité précise; celle de la réception et de la participation du client au culte de la famille, de la gens dont il portera le nom. De cette façon le rapport, le lien établi entre patron et client est sacré: il passe avant le lien qui unit entre eux les parents vrais et propres (cognates), comme avant celui qui réunit les amis, et vient seulement, après l'obligation de la protection due à l'égard du pupille et des hôtes (1). De là le devoir réciproque de fidélité *stricto-sensu* et de protection qui oblige, patron et client, les uns envers les autres. Et de là aussi le caractère religieux de la peine qui sanctionne ce devoir. Car en effet, les rapports entre patrons et clients furent sanctionnés par une peine religieuse, en vertu d'une disposition des lois royales, ces lois qui sont l'œuvre des rois agissant comme prêtres de la cité et sous l'inspiration des Dieux (2). Cette disposition fut du reste confirmée par les décenvirs et passa ainsi dans la loi des Douze Tables avec le caractère archaïque de la *consécratio capitis*, ayant sa base dans les normes religieuses du *fas* (3). La peine consistait dans l'*exsecratio* (l'excommunication ou le ban antique) prononcée par le grand pontife. Le coupable, déclaré *sacer*, est voué à la divinité qu'il avait outragée, c'est-à-dire *aux mânes des*

1. V. Bonfante, *op. cit.*, p. 82.

2. V. Cuq, *Institutions*, I, p. 57.

3. V. Bonfante, *op. cit.*, p. 232.

ancêtres (1), qu'il soit client ou patron (2). Ce qui prouve que sa faute d'infidélité ne se rapporte point à un simple manque de loyauté quant à ses engagements, mais à un manque *de foi* et de respect par rapport aux dieux invoqués et adoptés, par conséquent aux directives spirituelles qu'on s'était imposées.

Par là se trouve pleinement confirmé le sens religieux que nous avons attribué à la *fides*, dans sa signification originaire et primitive (3).

§ 4. — LA LAÏCISATION DE LA SIGNIFICATION
DE LA NOTION DE FIDES.

118. — Mais déjà, dans les formules législatives employées, commence à se dessiner un nouveau sens de la notion de la fides, rendu possible par l'introduction, dans la matière, d'une considération économique : le préjudice, la lésion. C'est ainsi qu'à l'encontre du patron coupable, la loi des Douze Tables décide : « Patronus *si cliente fraudem fecerit* (diti patri), sacer esto ». Or, la notion *fraus* : fraude,

1. V. Cug, *Institutions*, p. 158.

2. *Ibid.*, p. 57. Le coupable est abandonné à la vengeance des Dieux et des hommes : personne ne se rend coupable d'homicide en tuant l'homme *sacer*.

3. V. dans ce sens M. Collinet qui dans son *Cours de Pandectes* (année 1923-1924) conclut que la notion de *Fides* est « essentiellement une notion religieuse » (p. 306). Dans son *Cours de Pandectes* de 1924-1925, M. Collinet reprend cette idée et la précise. Après avoir fait une distinction entre la *Fides nationale* et la *Fides internationale*, il reconnaît le caractère religieux à la première et le refuse à la seconde dans laquelle il voit une notion strictement juridique (p. 240).

tromperie (1) (commise à l'encontre du client), s'oppose à la notion de fidélité stricto-sensu et indique un manque de loyauté (2), envers le client, commis par le patron dans l'exécution de ses engagements. On saisit tout de suite les perspectives ouvertes par un tel point de vue; elles agiront indirectement sur le sens de la *fides* qui, de divine, deviendra humaine et désignera « l'acte de faire ce qu'on dit, par conséquent de tenir sa promesse » (3) ou, ce qui revient au même, « de l'exécuter avec exactitude et ponctualité » (4).

Il nous reste donc à voir comment la notion de Fides se laïcisa, c'est-à-dire comment, après avoir indiqué une affirmation spirituelle, elle finit par désigner une attitude (devoir) de conscience.

119. — D'après une légende rapportée par Tite-Live, Denys, etc..., Numa fit de la Fides une divinité

1. Bréal, *op. cit.*, au mot *fraus*.

2. M. Bonfante (*op. cit.*, p. 83, note 1) croit, d'après M. Bréal, que le sens primitif de *fraudem facere* est probablement frustrer, manquer à sa dette de protection envers le client et, principalement, au devoir de le défendre en justice. D'autre part, M. Cuq pense qu'« à la différence de la loi royale, les Douze Tables exigent que la violation du devoir qui incombe au patron ait entraîné un préjudice (*fraus*) pour le client (*Inst.*, p. 169, note 5).

3. Cuq, *Institutions*, I, p. 388.

4. Labbé dans la *Préface aux Institutions* de M. Cuq, p. VII. Comp. Pugliesse : *La prescrizione nel diritto civile*. Prima parte, *La prescrizione acquisition* (t. I, p. 622). L'auteur italien s'exprime ainsi qu'il suit : « Nel linguaggio giuridico romano la parola *fides* usata sola, senza altri epiteti, significava una condotta leale, ispirata ai precetti della *onestà sociale* e animata dalla volontà di *mantenere gli obblighi assunti e le fatti promesse*.

ayant son siège dans la main droite des citoyens (1). Quoi qu'il en soit de la vérité et du fondement historique de cette dernière légende, ce qui est certain c'est qu'elle symbolise et marque le commencement de la sécularisation de cette notion de la Fides : de la sérénité du Mont Palatin on la fit descendre sur la terre, parmi les hommes, à leur portée immédiate, dans leur main droite (2).

Quel fut le facteur déterminant de cette transformation ? Ce fut le développement de la notion du crédit — suite de l'intensification des rapports commerciaux avec les étrangers, à la suite des guerres puniques — et des usages, s'y rattachant, observés par les honnêtes gens, les *virī boni*, dans leur propre intérêt, parce que conformes à la mo-

1. Girard, *Manuel*, éd. II, p. 474 et note 3.

2. La vérité historique semble avoir été plus compliquée. Comp. Cuq, *Institutions*, I, page 390, note 9 : « Varron nous apprend, d'après Aelius Stelo, que les Romains honoraient une divinité appelée *Deus Fidius*, surnommée *Sancus* par les Sabins, *Hercule* par les Grecs. C'était le même Dieu, malgré la différence de dénomination. Les Romains eux-mêmes disaient indifféremment, à l'époque ultérieure, *me Hercle* ou *me Dius Fidius*. Le témoignage d'Aulu-Gelle est confirmé par plusieurs inscriptions qui montrent l'identité de *Semo Sancus* et de *Deus Fidius*. Il avait son autel sur le *Quirinal* (Ovide, *Fastes*, VI, 213, 218). Tarquin lui dédia au même endroit un temple qui fut consacré en 288 par le Consul Sp. Postumius (Denys, IV, 58, IX, 60). Schwegler, I, 352 pense que le culte d'Hercule à Rome remonte aux aborigènes (cf. Voigt, J. N. III, 258) : il fait remarquer que l'autel du Dieu n'était situé ni sur le Palatin où étaient ceux des Dieux latins, ni sur le Quirinal où étaient ceux des Dieux Sabins, mais au bas de la vallée Marcia, là où fut plus tard le Forum. Son culte était confié non pas à des prêtres publics, mais à deux familles probablement aborigènes, la gens Potitia et la gens Pinaria ».

rale sanctionnée par l'opinion publique, l'estime des concitoyens, la décision de l'arbitre et surtout par la note ou le blâme des censeurs entraînant l'*ignominia* (1).

En effet, de bonne heure, des rapports d'affaires entre voisins ou amis s'établissent et se développent à Rome. Ces rapports, fondés sur la notion de crédit qui implique celle de la *confiance*, à l'exemple du *fas* et pour leur confirmation, empruntent à l'origine la forme du serment prêté sur l'autel domestique ou sur celui de la *Fides* et sanctionné par une peine profane à côté de celle sacrée. Par la suite — et à cause des nécessités imposées par le commerce des pérégrins entre eux et avec les Romains, comme l'a établie d'une manière éclatante M. Collinet, en se fondant sur les institutions de la *fidepromissio* et de la *fidejussio*, sur l'exception de bonne foi admise par A. M. Scaevola dans son Edit provincial et sur la clause de bonne foi des formules fictices de l'action ex stipulatu née

1. V. Cuq, *Les institutions*, I, pag. 387 et suiv. Pour les développements qui suivent nous renvoyons une fois pour toutes aux analyses faites par M. Cuq dans ses *Institutions*, t. I, au livre II, chap. XII, *La notion de crédit et les actes fiduciaires*; liv. III, chap. III, section IV, *Les usages des honnêtes gens et le jus gentium*; chap. XII, *Les devoirs imposés par l'usage des honnêtes gens*; chap. XIII, *Sanction des actes fiduciaires*, section I, *L'arbitrage* et section VII, *Transformation des arbitria en action de bonne foi*. — Adde, les *Cours de Pandectes sur La bonne foi dans l'usucapion* (année 1923-1924) et *La bonne foi dans les obligations* (année 1924-1925) faites par M. Collinet, qui dans l'évolution de la *fides* distingue trois étapes, à savoir : 1° celle de la *fides religieuse*; 2° celle de la *fides censoriale* et 3° celle de la *fides judiciaire*.

de la *cautio damni infecti* — l'usage s'établit de se contenter d'une *double manifestation de volonté* caractérisée par l'expression *accipere dareque fidem* ou *fidem inter se dare*, expressions qui rappellent celles que nous avons rencontrées dans l'institution de la clientèle se rattachant au *fas* et qui prouvent la persistance d'anciens souvenirs. Seulement, cette foi, la *fides* exprime un acte de volonté laïque de promesse. Néanmoins on s'aperçoit de la nécessité d'une double condition pour qu'un acte de confiance, un acte fiduciaire soit ferme (*firmata fides*) : il faut une double déclaration : *a*) celle du créancier qui se déclare prêt à donner son cœur — *credere* (1) — sa confiance à la promesse du débiteur ; *b*) celle du débiteur engageant sa foi par la formule : *fidem do*. La poignée de main symbolise cette double manifestation et, dès lors, la *Fides* prend résidence dans le creux de la main droite des citoyens (2). Par là même elle s'humanise : on ne se la donne plus, mais tout au plus on se la promet ; *fide promittere*, *fide jubere*. Et c'est ainsi que finalement Tite-Live put affirmer que, à la différence du *fœdus* qui repo-

1. La forme sanscrite de *credere* qui est un composé du verbe *dare* (*cred-dere*. V. Bréal, *op. cit.*, au mot) est *grad-dadhami* : je crois. La racine *grat* signifie, d'après Pictet (*op. cit.*, III, p. 468) : foi, respect, et son sens correspond à celui de πιστις : foi, lien, ainsi qu'à celui de *religio*. Elle s'emploie en combinaison de *dha* : « établir », pour signifier sous la forme *graddha* : foi, pureté, respect. Le même sens se retrouve dans le sanscrit *vicrambha* (foi, confiance) ayant le préfixe *vi* (avoir confiance en) et la terminaison *bha*. Comp. avec ce que nous avons établi ci-dessus p. 246, notes 1-3. *Adde*, n° 83.

2. Comp. *supra*, p. 183, note 1, *in fine* (p. 184).

sait sur la religion, la *sponsio* avait pour fondement la *fides humana*, c'est-à-dire non plus une obligation religieuse, mais un devoir de conscience, le devoir de tenir un engagement conclu, une promesse (1).

§ 5. — LA TRANSFORMATION DE LA FIDES
ET LA NOTION DE LA BONA FIDES.

120. — A la longue, cette *fides* laïcisée et réciproque (consensuelle), qui caractérise l'usage des *virī boni*, des gens de bien, et qui distingue, par son caractère moral, la foi romaine de la foi grecque (la *fides Punica*) finit par se transformer, sous l'influence de cet usage, et devient la *bonne foi*, la *bona fides*, la *fides romana*.

121. — On peut suivre les étapes, ainsi que le sens de cette évolution, dans les critères d'après lesquels l'arbitre (2) (dans le *boni viri arbitrium*) apprécie les devoirs réciproques résultant d'un acte fiduciaire. En effet, comme un tel acte n'avait pas été renforcé par un moyen civil, l'arbitre, devant lequel on portait la contestation, à défaut de loi se guidait dans son jugement : 1^o *ex fide*, quant à la formation des devoirs, c'est-à-dire de manière à se rendre compte de ce que les parties ont voulu en réalité, de ce qui s'est passé (*id quod actum est*) et surtout de façon à constater si la *confiance* réciproque a réellement

1. Cuq., *op. cit.*, *loc. cit.* V. *supra*, note 1, p. 254.

2. *Ibid.*

existé ; 2^o *ex æquo*, quant à leur objet et à leur étendue, c'est-à-dire de manière à *ne léser* aucune des parties et à éviter l'enrichissement de l'une au dépens de l'autre ; 3^o *ex fide* et *ex bono*, c'est-à-dire de manière à constater si le débiteur a agi *loyalement* et suivant l'usage des gens de bien, à la façon des Romains.

On voit donc apparaître, à côté de la *fides*, deux notions nouvelles : 1^o celle de l'*æquitas* qui, par son action toute morale, détermina la séparation de l'élément politique de la *fides* de celui psychologique, pour ne retenir que ce dernier (1) ; 2) celle de *bona*, élément éthique de l'*æquitas*, qui se dégage de son pendant économique pour se rapprocher de celui de *fides* et pour constituer plus tard la notion juridique de bonne foi.

122. — Ainsi cette notion apparut comme désignant un critère, en même temps qu'une manière ou une méthode d'interprétation : celle de l'arbitre appréciant la conduite des parties et décidant de leurs devoirs d'après des critères d'équité (2). Et quand le juge fut « contaminé » par la manière de voir de l'arbitre, il conserva de l'arbitre la latitude d'appréciation (*ex fide bona*) qui lui était propre, et la transporta purement et simplement dans le *judicium*. Mais, entre temps et de l'ouvrage de l'arbitre on avait dégagé des règles de conduite spéciales

1. V. *ci-dessus* n^o 112.

2. Cic. *p. A. Rose*, 4 : *Quantum æquius melius, id dari*.

à chaque acte fiduciaire, des règles communes, dont l'ensemble constitua une manière générale de se comporter, synthétisant l'essence de l'usage des honnêtes gens et caractérisée par ce qu'on appelle proprement la bonne foi, c'est-à-dire la fidélité à la chose convenue (1). En conséquence, l'action reçut la dénomination d'action de bonne foi : *actiones bonae fidei* ou *judicia bonae fidei*, « d'après le trait le plus général qui caractérise la façon dont les parties doivent se comporter » (2) et fut par la suite opposée aux actions *stricti juris* ou *judicia stricta*, caractérisées par une méthode de stricte interprétation (3).

1. V. Labbé, dans la *Préface* ou *Institutions* de M. Cuq, p. viii.

2. Cuq. *Instit.*, I. p. 690. En ce qui concerne le domaine dans lequel la *bona fides* a été sanctionnée juridiquement, pour la première fois, nous croyons que ce fut — comme l'a démontré M. Collinet dans son *Cours de Pandectes* de 1924-1925 (p. 238-239) — le domaine du Jus Gentium. C'est là que sont nées les *judicia bonae fidei* ; et les formules qui correspondent à ces actions furent créées par l'action concomitante des prudents et des prêteurs pérégrins (*Cours*, p. 234). Seulement, comme la sanction morale de la *bona fides* (*nota censoria*, etc.) a précédé la sanction juridique, il s'ensuit que le critère *ex fide bona* est apparu d'abord dans la pratique des arbitres, introduit du reste toujours par la doctrine, c'est-à-dire par les jurisconsultes ayant subi l'influence certaine de la philosophie stoïcienne.

3. V. cependant Collinet, *op. cit.*, p. 127. A propos de la formule fictive de l'action *ex stipulatu*, qui naît de la *cautio damni infecti* et qui comporte la clause *ex fide bona*, M. Collinet observe : « C'est la preuve que nous nous trompons en créant des cadres trop étroits, en imaginant des actions de droit strict, rigides ». Nous croyons que cet exemple est très instructif. Sans entrer dans les détails, nous retenons le fait de cette alliance du droit strict et de la bonne foi. Pour les conséquences qui s'ensuivent, v. *infra*, nos 136 et suiv. et surtout 144.

CHAPITRE II

CARACTÈRE EXCLUSIVEMENT JURIDIQUE DE LA NOTION SPÉCIFIQUE DE BONNE FOI.

« *Bona fides est officium viri boni* »

SECTION PREMIÈRE

La notion technique de la bonne foi.

§1. Signification particulière et spéciale des termes qui composent la notion de bonne foi, qui fait que celle-ci convient comme notion spécifique à la seule notion du défini : la notion du droit. — § 2. Caractère objectif et social de la notion de bonne foi.

§ I. — SIGNIFICATION PARTICULIÈRE ET SPÉCIALE DES TERMES QUI COMPOSENT LA NOTION DE BONNE FOI, QUI FAIT QUE CELLE-CI CONVIENT COMME NOTION SPÉCIFIQUE A LA SEULE NOTION DU DÉFINI : LA NOTION DU DROIT.

123. — Cette notion de la bonne foi, ainsi obtenue, apparut donc comme une *notion de création juridique*. Mais ce qui est mieux, c'est que, malgré l'origine des éléments qui la composent, elle ne constitue ni une notion morale, ni à plus forte raison une religieuse, mais est au contraire, *une notion spécifiquement juridique*.

En effet, d'une part le mot *bonum*, a dans le langage du droit romain, comme le fait très bien remarquer M. Cuq : « une acception différente de celle que lui donnent les philosophes : il n'est pas question ici du bien en général, ni de la conduite de l'homme vertueux qui n'agit pas par intérêt ; il s'agit uniquement de l'usage des honnêtes gens » (1) : ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Les expressions de « bonus pater familias », « bonus dominus », « viri boni arbitratus » en font la preuve et confirment cette interprétation. Ce qui autorise M. Cuq à conclure que ce qu'on a appelé *bonne foi* « ce n'est pas cet idéal de sincérité, de franchise que l'homme doit chercher à réaliser dans ses rapports avec ses semblables et qui est le même dans tous les temps et dans tous les lieux. La bonne foi à Rome a été quelque chose de variable, elle a été entendue d'une manière différente suivant les époques » (2).

124. — La bonne foi n'est donc pas la notion spécifique de la morale, qui est la discipline de la bonne volonté dans la poursuite du bien abstrait (3). D'autre

1. Cuq, *Manuel*, éd. I, p. 6, note I.

2. Cuq, *Institutions*, I. p. 666-667.

3. « (Les règles de conduite) qui composent la morale pratique... prétendent régir tout ce qui touche la conduite dans ses rapports avec le *bien suprême*, faisant appel au sentiment, à la *bonne volonté*, bien plus qu'à une contrainte positive. » (Geny, *op. cit.*, I p. 46). Comp. Richard Cumberland : *De legibus naturæ disquisitio philosophica*, cité par Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 23 : « La morale est fondée sur le *devoir de bienveillance*. » Dans le même sens. Hume. Adde Alexis Bertrand, *Prin-*

part la fides ne désigne pas une révélation de croyance mais seulement un état de respect, de fidélité, de confiance. Et l'expression de « bonne foi » ne peut pas constituer la notion spécifique de la religion, la discipline religieuse faisant appel, dans sa poursuite de la vérité suprême, à la vraie foi, à celle qui est dictée par la révélation divine et non pas à celle qu'un usage plus ou moins général indique.

§ 2. — CARACTÈRE OBJECTIF ET SOCIAL DE LA NOTION
DE BONNE FOI.

125. — En fin de compte la notion de bonne foi reste une notion spécifiquement juridique. Cette affirmation peut être aisément constatée et contrôlée. C'est ainsi, d'abord, que cette notion a, dans sa signification générale et indicative, un caractère *objectif* que nous avons pu déjà suffisamment apprécier. Elle ne se réfère pas tant à l'état intérieur des sujets — ce ne sera en quelque sorte qu'indirectement qu'elle sera amenée à s'y intéresser — que plutôt à la conformité du lien juridique avec un usage suivi par les gens de bien : elle indique un état de conformité sociale d'un rapport particulier (1).

cipes de philosophie scientifique et de philosophie morale, p. 312, cité par Bonnecase, *La notion du droit en France* : « La sphère du droit est celle des actions extérieures, la sphère de la morale celle des intentions et de la *bonne volonté* ».

1. Comp. Jaubert, *op. cit.*, Introduction, p. 15 : « La notion de bonne foi dans les contrats nous apparaît donc en droit romain sous un double aspect. D'une part elle donne comme

126. — Mais, en tant que notion objective, la notion de bonne foi présente une signification nettement sociale, et cela à un tel point que le droit romain ne sanctionna, par des actions civiles de bonne foi, que seulement les actes impliquant des *engagements réciproques* et, parmi ceux-ci, seulement ceux qui parurent nécessaires aux besoins de la vie sociale.

En effet, si le *mutuum* — qui fut le premier et le plus ancien contrat non formel — ne fut jamais sanctionné par une action de bonne foi — même après que l'évolution juridique eut pu compenser le prestige du vestige historique et bien qu'à l'origine il fut lui aussi un acte fiduciaire (1) — cela tient à une interprétation exagérée du caractère social de la

base aux obligations le consentement réciproque des parties ; d'autre part elle assure le plus entièrement la réparation de préjudice dont le contrat peut être l'occasion. *Mais, ainsi entendue, la notion de bonne foi est surtout une notion objective.* Il n'y a pas lieu de rechercher l'état d'âme des parties : la nature du lien qui les unit est seule à considérer. » V. aussi André Breton, *Des effets civils de la bonne foi*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, février 1926, p. 87 : « La bonne foi, à laquelle il était ainsi fait appel (dans les actions *bonæ fidei*) était une notion objective, extérieure aux parties, tenant à la nature du rapport qui les unissait et dominant les volontés individuelles » Adde Gorphe, *op. cit.*, p. 22 et 24.

1. Comp. Cuj., *Institutions*, I, p. 630 et *Manuel*, p. 430 : « Pendant longtemps le *mutuum* fut un acte sans valeur juridique : le prêteur se fiait à la loyauté de l'emprunteur. ... La sanction donnée au *mutuum* est l'œuvre des Prudents. Ils ont fait admettre qu'à défaut de paiement à l'échéance, l'emprunteur serait passible de l'action créée par les lois *Silia et Calpurnia*. Il est peu probable que les Prudents aient eu la pensée de rendre juridiquement obligatoire la promesse de l'emprunteur : ils n'auraient pas sanctionné par une *condictio* un acte sans forme, alors que les autres actes non formels donnent lieu à une action de bonne foi. Ils ont plutôt considéré le défaut de remboursement comme un enrichissement injuste au dépens d'autrui. »

notion de bonne foi. Car on ne pourrait pas autrement comprendre pourquoi (1) un contrat qui ne pouvait exister sans une convention, qui suppose l'élément intentionnel, (*sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur*) (2), dans lequel par conséquent on tenait compte de l'intention des parties (3), et qui fut sanctionné en vertu d'une idée d'équité : l'idée d'enrichissement injuste (4), on ne comprendrait pas pourquoi ce contrat reste pourtant — en tant que sanctionné par une *condictio* —, un contrat de droit strict, le seul contrat de droit strict, parmi les contrats réels. Une seule explication peut être valable : celle d'une déformation hy-

1. V. Cuq, *Institutions*, p. 632 : « De tous les actes fiduciaires directement consacrés par le droit, le *mutuum* est le seul qui donne lieu à une action de droit strict. D'où vient cette singularité? Le *mutuum* étant un contrat du *jus gentium* cette singularité est bien difficile à expliquer pour ceux qui considèrent le *jus gentium* comme un droit d'origine étrangère, fondé sur l'équité naturelle et distinct du droit strict. » Et M. Cuq croit que cette singularité vient « de ce qu'il a été rendu obligatoire à une époque où l'on n'avait pas encore l'idée d'une action tendant à faire exécuter une promesse ». Mais à cette époque là, les *arbitria* avec le système correspondant d'interprétation, existaient. Et alors on peut se demander pourquoi ce fut à l'occasion d'un autre acte fiduciaire (la *fiducie*), et non pas à l'occasion du *mutuum* que la contamination entre *arbitria* et *judicia* eut lieu? Et cela d'autant plus que le *mutuum* ressemble beaucoup à la *fiducie*. Mais c'est justement le caractère bilatéral de la *fiducie* qui la fit considérer, à l'exclusion du *mutuum*, comme un contrat de bonne foi.

2. V. Girard, *Manuel*, p. 497. Paul D. 44, 7. De O et A. 3, 1 : *Non satis est dantis esse nummos et fieri accipientis ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur* », Ulpien D. 12, 1, De R. C. 18.

3. V. Cuq, *Manuel*, p. 433. Pomp. D. II. 14, 17, 3 : « *In contrahendo quod agitur pro cauto habendum est.* »

4. Cuq, *Manuel*, p. 506; *Institutions*, II, p. 448.

pertrophique du sens social inhérent à la notion de bonne foi. On interpréta ce sens d'une manière rigoureuse, abusive et dès lors vicieuse et on chercha à lui donner un équivalent matériel, qu'on estima être celui caractérisé par la *bilatéralité* du rapport obligatoire. Or, le *mutuum* était, à l'égal des contrats formels, un contrat unilatéral ne produisant d'obligations qu'à la charge d'une partie (1). Cette unilatéralité parut contraire au caractère social de l'idée de bonne foi. C'est ce qui fit qu'on lui refusa l'action de bonne foi.

Cette manière de voir est confirmée du reste par la théorie romaine des contrats innommés. Ces contrats ont été, eux aussi, sanctionnés par une action *civilis in factum* de bonne foi : l'action *civilis in-*

1. Com. Girard, *Manuel*, p. 428-429. Comparant les contrats réels et consensuels aux anciens contrats formels, M. Girard se prononce ainsi, en ce qui concerne leur différence d'interprétation : « Quand à la raison du pouvoir plus large qui est donné là au juge et dont au reste les conséquences n'ont été dégagées qu'une à une avec le temps, on la rattache souvent à un troisième caractère qui sépare les contrats non formels et de bonne foi du *mutuum* et des contrats formels. *Le mutuum et les contrats formels sont des contrats unilatéraux*, ne produisant d'obligation qu'à la charge d'une des parties, d'un seul côté, qui rendent un des contractants exclusivement créancier et l'autre exclusivement débiteur... Au contraire, les contrats nouveaux, *sauf le mutuum*, sont tous des contrats synallagmatiques bilatéraux, faisant naître des obligations de part et d'autre, rendant chaque partie créancière et débitrice... Et c'est, dit-on, précisément la nécessité de mettre le juge de ces contrats synallagmatiques, parfaits ou imparfaits, saisi d'une de leur action, en situation d'apprécier l'ensemble du contrat, de peser les obligations réciproques, de faire la balance entre les droits opposés, qui a conduit à lui donner des pouvoirs plus larges, à reconnaître à ces contrats le caractère de bonne foi ».

certi, civilis in factum, dénommée sous Justinien « praescriptis verbis ». Or, à côté de cette action on trouve la *condictio ob rem dati*, qui n'est pas une action contractuelle, qui est de droit strict et qui est fondée sur l'idée de l'enrichissement sans cause. Cette « anomalie » (1) ou cette singularité (2), qu'on cherche à expliquer historiquement, tient, d'après nous, au fait que les contrats innommés sont des conventions synallagmatiques qui ne deviennent obligatoires qu'au moment où elles ont été exécutées déjà par l'une des parties (3), c'est-à-dire au moment où l'obligation contractuelle ne pèse plus qu'à la charge d'une seule partie : celle qui n'a pas encore exécuté. Par suite ces contrats prennent le

1. Cuq, *Manuel*, p. 506, *Institutions*, II. p. 448.

2. Girard, *op. cit.*, p. 580.

3. Cette exigence s'explique par l'effet de la règle « ex nudo pactio inter cives romanos actio non oritur », règle qui domine tout le droit romain d'un bout à l'autre, même après que les actes fiduciaires furent reconnus par le droit civil. En vertu de cette règle, le simple pacte, fut-il le plus loyal et le plus moral des actes, n'est pas muni d'action tant qu'il ne présente un caractère social nécessaire et présent. V en ce sens Cuq, *Institutes*, I, p. 594 ; « Les Romains n'ont jamais admis d'une manière générale que tout acte impliquant la confiance réciproque des parties intéressées aurait une valeur juridique, ni même simplement une valeur morale de nature à entraîner certaines déchéances. Dans une matière qui a été réglementée sous l'influence de la coutume il ne faut pas chercher un principe que l'on ait suivi dans toutes ses conséquences. Même au temps de Justinien, la règle, d'après laquelle le simple pacte n'est pas muni d'action, n'est pas abandonnée. La coutume a consacré les actes indispensables au besoin de la vie sociale ». Nous croyons seulement que les Romains ont suivi un principe — et dans toutes ses conséquences, même rigoureuses : celui de la bonne foi envisagée comme principe social. C'est même ce qui explique les contradictions et les hésitations de certaines solutions. Voir note suiv.

caractère unilatéral des contrats formels, comme le *mutuum*. Si donc, en tant que contrats bilatéraux, au moment de leur formation, les contrats innommés purent être sanctionnés par une action de bonne foi, leur caractère nécessairement unilatéral au moment de leur exécution — pour leur prise en considération et leur sanctionnement — juridique explique la présence et la persistance de la *condictio*. C'est ce caractère, quasi-unilatéral des contrats innommés, qui empêcha l'action de bonne foi de s'y substituer finalement à la *condictio* et de s'imposer seule, en tant qu'action contractuelle.

Notre explication paraît d'autant plus plausible que, d'une part, dans les contrats de bonne foi, l'action de bonne foi finit par faire fonction de *condictio* (1) et que, d'autre part, elle est confirmée,

1. Voir Cuq., *Institutions*, II, p. 500 à 501 : « Dans les contrats de bonne foi, lorsque l'une des parties s'enrichit sans cause au dépens de l'autre, on donne contre elle l'action du contrat et non la *condictio*. Telle était la doctrine de Labéon. Cassius laissait le choix entre la *condictio* et l'action du contrat, mais l'opinion des Proculiens a ici prévalu. L'action de bonne foi, fait fonction de *condictio ob causam*, de *condictio furtiva*, de *condictio ob impensas*. Elle permet de réclamer au débiteur le profit intérimaire qu'il a retiré de la chose, bien qu'il n'ait contracté de ce chef aucun engagement. » Si donc, dans les contrats innommés cette substitution ne s'est pas opérée, c'est que ces contrats présentaient un caractère d'unilatéralité, contraire au caractère social de la notion de bonne foi, telle que les Romains se la représentaient. Et si toutefois l'action de bonne foi s'accommode, avec l'aspect unilatéral de la sanction des contrats innommés, c'est que l'exécution, par l'une des parties, de sa prestation est exigée justement dans le but de rendre socialement intéressants ces pactes, qui autrement eussent été dénués de toute utilité sociale immédiate : « *nudum* » (comparez *nudum jus* : un droit vain ; de même la nue-propriété est une propriété *inutilis*).

d'une manière éclatante, par la manière dont les différents autres pactes furent sanctionnés. Ainsi les pactes prétoriens — tout au moins deux d'entre eux (1) — bien que munis d'actions, par le prêteur, dans le but plutôt de punir un *manque de foi*, de réprimer un *acte déloyal*, que dans celui de rendre obligatoire un pacte ou une convention, ne furent sanctionnés que par des actions *in factum*, justement à cause de leur caractère exécutoire unilatéral. Et, pour la même cause, les pactes légitimes ne furent sanctionnés que par des condictiones.

Ainsi se dégage le caractère objectif et social de la notion de bonne foi, caractère qui seul justifie le sens technique précis et extrême que lui donnèrent les Romains, quant à ses applications pratiques, tout au moins d'une façon originaire et principale.

SECTION II

L'évolution de la notion de bonne foi et de ses manifestations.

§ I. Le principe de l'enrichissement injuste et la notion d'équité. —

§ II. L'aspect subjectif de la notion de bonne foi. — § III. Caractère créateur de la bonne foi.

§ 1^{er}. — LE PRINCIPE DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE ET LA NOTION D'ÉQUITÉ.

127. — Pourtant il ne faudrait pas croire que cette notion objective de la bonne foi, et par conséquent

I. Le pacte de serment et la pacte de constitut. V. Girard, *op. cit.*, p. 588-589.

la discipline qui s'y rattache, fut aperçue dès son apparition dans sa signification entière. En effet, en tant que suite d'un principe nouveau d'interprétation, accordant au juge des pouvoirs plus larges d'appréciation, les conséquences de cette notion ne furent dégagées « qu'une à une avec le temps » (1).

Et de même, les actions respectives ne prirent que progressivement le caractère de bonne foi, avec tous les effets qu'à l'époque classique, où plus tard, on considère comme le plus naturellement rattachés à cette notion (2). Il faudra donc faire place ici à l'étude de l'évolution idéologique de cette notion dans le monde romain, c'est-à-dire à l'étude de la compréhension de l'idée s'y rattachant.

128. — Nous avons vu qu'en tant que désignant une nouvelle méthode d'interprétation, la notion de bonne foi est considérée comme une notion qui atteint, dans son essence, le principe du formalisme (3). Car le principe de la fidélité à la chose convenue conduit à la recherche des intentions qui animent les mots prononcés, et par là à la recherche du motif ou du but économique des actes juridiques.

Or, en ce qui concerne le formalisme, c'est en matière d'enrichissement injuste — comme le dit M. Cuq — que le droit civil a pour la première fois admis qu'une obligation non délictuelle pourrait

1. V. Girard, *op. cit.*, p. 428-429, *cit. ci-dessus* p. 264, note 1.

2. V. Girard, *op. cit.*, p. 526.

3. V. Labbé dans la *Préface aux Institutions* de M. Cuq, p. viii.

se former sans solennité (1). Le principe juridique y correspondant, — qui impose le devoir, consacré par l'usage des honnêtes gens, de ne pas retenir injustement le bien d'autrui —, ce principe fut sanctionné — après l'avoir été probablement au moyen de la *légis actio* par *sacramentum* (2), ce qui témoigne de son ancienneté — par une *condictio* ayant pour fondement le *bonum et æquum*, c'est-à-dire un devoir moral (3). Mais ce *bonum et æquum* n'est au fond que l'idée de bonne foi, que la jurisprudence romaine a revêtue d'une raison théorique empruntée à la philosophie grecque et en conséquence ayant l'autorité nécessaire pour justifier la sanction attribuée à un principe non encore maître de lui, parce qu'insuffisamment dégagé (4).

1. Cuq, *Manuel*, p. 535.

2. Girard, *Manuel*, p. 602.

3. Cuq, *Manuel*, p. 536.

4. V. Cuq, *Manuel*, p. 44 : « La jurisprudence classique a fait œuvre créatrice et affirmé sa puissance en donnant une valeur juridique à des institutions ou à des règles que le législateur n'avait pas consacrées. Le point d'appui qu'elle ne trouvait pas dans la lettre ou dans la raison de la loi, elle l'a cherché dans certaines notions supérieures, empruntées à la philosophie grecque, celle d'une *societas hominum*, du *bonum et æquum*. On s'est souvent mépris sur l'influence que la Grèce a exercée sur la formation du droit romain : on a cru qu'elle a suggéré aux Romains la notion des actes non solennels. C'est une erreur : elle a seulement fourni à la jurisprudence une raison théorique pour justifier la sanction qui leur a été donnée. Ces actes, conformes à l'usage des honnêtes gens, ont été pendant longtemps usités à Rome, bien que dépourvus de sanction civile... Parmi les notions qui ont servi de point d'appui à la jurisprudence pour créer le droit, la plus féconde est celle de l'équité. Conf. aussi H. Levy-Ullmann, *Cours de Doctorat*, année 1926-1927.

En effet, d'une part, le principe de l'enrichissement sans cause est une application du précepte : « suum cuique tribuere », que nous avons analysé comme traduisant un aspect de la bonne foi.

D'autre part, le mot *æquum*, *æquitas* est manifestement emprunté au grec, *εἰκος* (dorien *αικός*), qui signifie proprement « le vraisemblable », « ce qui porte l'apparence de vérité » et, par extention *ce qui convient à l'homme dans ses rapports avec ses semblables* (1). Cette signification s'adapte à celle que nous avons établie comme appartenant à la notion de bonne foi. Elle y correspond tout à fait, si l'on tient compte qu'à cette première signification rationnelle et sociale, se rattache l'idée de l'harmonie de la conformité morale (2). Cette correspondance

1. Chauffour, *op. cit.*, tome 28, pag. 95. Sur l'étymologie de ce mot, voir aussi Sumner Maine : *Ancient Law*, Chap. III.

2. Voir ci-dessus page 183-188. Voir Chauffour, *loc. cit.* Quant à la conception romaine l'auteur, analysant le travail de Hartter, publié par *Les Archives de la pratique civile* (tome 29 p. 253 et suiv.) s'exprime comme il suit : « Les Romains entendaient de même par *æquitas* tout ce qui est en harmonie avec certains principes et spécialement la conséquence rationnelle de la conduite humaine... L'*æquitas*, la règle morale, n'est pas conçue par les Romains comme une vérité innée, comme *à priori*. Ils la déduisent de l'observation de la nature de l'homme et y reconnaissent une conséquence nécessaire de son caractère libre. L'*æquitas* est la conduite mise en harmonie avec la nature de l'homme ; la règle morale est donc *une vérité* et, comme toute vérité philosophique, elle n'est reconnue que par la nécessité qui lui est inhérente, mais elle a une réalité absolue comme l'homme lui-même. Ce n'est pas la loi d'un peuple, ni la volonté de ses législateurs, ni les théories de ses philosophes qui en démontrent l'existence et lui donnent l'empire. Elle existe par elle-même, et l'homme ne fait que la découvrir par l'étude approfondie de sa nature et des rapports qui en résultent entre lui et ses semblables. Elle embrasse et régit tout à la fois le droit, règle

entre les deux notions d'équité et de bonne foi, ainsi que l'évolution de la pensée juridique romaine passant de l'une à l'autre, sont pleinement prouvées par les transformations que les textes et les institutions romaines présentent quant aux matières qui nous intéressent. Ainsi, en ce qui concerne le principe de l'enrichissement injuste, un texte de Pomponius sur Sabinien, se référant à la *condictio indebiti*, — la plus ancienne d'entre toutes — nous dit qu'elle est fondée sur l'équité naturelle (1), tandis qu'un autre de Papinien — jurisconsulte appartenant à cette partie du droit classique dans laquelle la jurisprudence a atteint son plein épanouissement — nous

des actions humaines, et la morale, reine de la volonté ; mais, dans la jurisprudence, elle prend un sens spécial et désigne la *base morale du droit*, telle qu'elle se précise dans l'idée de la personnalité humaine, le droit idéal, la loi obligatoire tacitement à moins de dérogation expresse, en un mot le *jus naturale*... Plusieurs textes montrent que les sources entendaient surtout par *æquitas* dans le droit, la règle rationnelle, ce qui se pose comme droit *par une nécessité logique*... Les institutions les plus importantes sont rapportées à l'*æquitas*, par exemple l'obligation (L. 95 § 4 D. 46, 3), la faculté d'aliéner les droits (L. 9 § 3 D. 1, 1), le principe que nul ne peut sans cause juridique s'enrichir au dépens d'autrui (L. 206 D. 50, 17), etc... Ces exemples prouvent suffisamment que l'*æquitas* *n'était pas l'expression du sentiment de charité, mais se composait de règles absolues de droit*... L'*æquitas* est pour les jurisconsultes le droit lui-même en tant que conforme à la raison ». Comp. Dorleacourt *Équité*, dans *Revue pratique de droit français*, tome 10. 1860 p. 367-368 : « L'équité, son nom le prouve, c'est l'égalité d'âme, *animi æquitas* ; l'âme égale à elle-même, gardant son équilibre pour ainsi dire, *æquus animus* ; le calme, l'impassibilité » (*loc. cit.*, p. 358). Adde, Lévy-Ullmann, *Cours*, 1926-1927.

1. D. 12, 6 (De *condictione indebiti*) 14, Pomponius lib. 21 ad Sabinum : « Nam hoc natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores ».

montre la même *condictio* introduite en considération de la bonne foi et de l'équité (1), et qu'enfin son contemporain, le jurisconsulte Ulpien, — à l'occasion des actions du mandat, qui étaient des actions de bonne foi — affirme ouvertement que c'est la bonne foi qui exige que l'on ne s'enrichisse pas du bien d'autrui : *quia bonæ fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat* (2). Et si les Romains ont laissé inachevée la théorie de la *condictio*, (3) cela s'explique justement par le développement de la notion de bonne foi, qui, — par des moyens participant de son essence et appartenant à ses créations, et principalement par les actions de bonne foi et les exceptions de dol, de violence etc... (4) — a pu, en tant et

1. D. 12, 6, 66, Papinien. « Cette action (la *condictio indebiti*) a été introduite en considération de la bonne foi et de l'équité qui ne permettent pas de retenir, sans raison, le bien d'un autre. »

2. D. 17, 1, 10, 3 Ulpien lib. 31 ad. Edictum. Le texte établit, en vertu de ce principe, que le fondé de procuration doit les intérêts de l'argent qu'il a entre les mains du jour qu'il est en demeure de le rendre.

3. V. Cuq, *Manuel*, pag. 539. M. Cuq explique ce phénomène, par la loi de l'économie des forces : « Si la théorie des *condictiones* est restée inachevée, c'est que la jurisprudence a suivi une autre voie pour empêcher l'enrichissement injuste : il lui a paru plus simple d'utiliser, toutes les fois que c'était possible, les voies de droit, déjà existantes ». Il faut remarquer seulement, que pour que ce changement de voie fut possible, il fallait une aiguille qui permit le passage : ce fut l'idée de bonne foi qui joua ce rôle et elle put le jouer précisément parce que la théorie de l'enrichissement sans cause était fondée sur elle, et que, par conséquent, quand la notion de bonne foi se précisa, cette théorie n'eut plus de raison d'employer d'autres moyens pour sa réalisation. Ce n'est donc pas une loi d'économie, mais une loi de principe qui enraya l'achèvement des *condictiones*.

4. Voir Cuq, *Manuel*, pag. 536, note 4. Comp. Gerota, *La théorie de l'enrichissement sans cause*, page 58.

parce que le principe de l'enrichissement injuste trouve en elle son fondement, se charger de mener plus loin l'application et l'observation de ce principe juridique.

D'autre part, et de même, certaines actions prétorienne in bonum et æquum conceptae — telles que l'action rei uxoriae (1) et peut être l'action primitive prétorienne, in factum, de la gestion d'affaires (2) — ont fini par être des actions de bonne foi.

Si cette transformation ne s'est pas réalisée pour les autres actions in bonum et æquum conceptae, et si les actions de bonne foi n'ont pu se substituer aux condictiones d'une manière générale et définitive, cela tient au caractère unilatéral des obligations que ces autres actions in bonum et æquum et ces condictiones sanctionnaient (3).

1. Voir Girard, *Manuel*, p. 930-931, 934. Cette transformation, que M. Girard attribue à un « mouvement mal connu », n'a pu s'opérer qu'en tant que les deux formules étaient plus ou moins interchangeables dans leur principe. Si, néanmoins le juge a un plus large pouvoir d'appréciation dans l'action rei uxoriae que dans une action de bonne foi, cela s'explique par le fait que la première était aussi conçue (concepta) in æquum et bonum c'est-à-dire que cette clause figurait aussi dans l'intentio, tandis que, ordinairement, elle figurait dans la condemnatio. Quant à la transformation elle-même, nous croyons qu'elle est due aux *réentions dotales* qui donnaient un caractère bilatéral au rapport juridique se référant à la dot. C'est ainsi que s'explique aussi le caractère de bonne foi assigné (par Justinien) à la pétition d'hérédité (Voir Girard, p. 884), ainsi qu'aux actions familiæ ereiscundæ et communi dividundo à l'époque des Sévères. (615). Comp. Cuq. *Manuel*, 185-186 et 857 note 4. Comp. Justin, *Des actions in bonum et æquum conceptæ*, Thèse, Dijon, 1894.

2. Comp. Girard, *op. cit.*, p. 610 et 611, note 3.

3. Cependant, au Bas Empire, à cause de la création de la *condictio certi generalis*, les Byzantins autorisent la *condictio* à concourir, d'une manière générale, avec l'action du contrat. Conf. Justin, *op. cit.*, n° 16, p. 24.

Du reste, presque tous les contrats qui ont donné naissance à des actions de bonne foi ont été sanctionnés, auparavant, par des actions prétoriennes *in factum*. Cela est sûr pour le dépôt, le commodat, le gage, le mandat, la gestion d'affaires et la fiducie (1). Or, la formule correspondante à la fiducie contient la clause « *ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione* ». Cette clause, qui est, comme le fait remarquer M. Girard (2), assez voisine de la formule des actions prétoriennes *in bonum et æquum conceptæ*, constitue justement la critère de la clause « *ex fide bona* » (3). On saisit par là le trait d'union entre les deux notions, d'autant plus que, comme l'a fait remarquer Savigny, si les mots *ex fide bona* servaient à adoucir la rigueur du *dare, facere oportet* dans l'intention *in jus concepta* — ce qui était le cas des actions *bonæ fidei*, qui étaient des actions *in jus* — ces mots « eussent été vides de sens dans une *intentio in factum concepta*, comme l'était celle de toutes les actions prétoriennes, sans exception (4)... la latitude de pouvoirs établie

1. Girard, *Manuel*, p. 511, note 5, p. 512.

2. *Ibid.*, p. 512, note 1.

3. Cuq, *Manuel*, p. 381.

4. Savigny, *Traité de droit romain*, t. 5, app. XIII, n° 6 in fine. Comp. aussi, p. 503, où Savigny établit l'identité de sens entre les expressions « *ex fide bona* », « *ut inter bonos bene agier oportet* », « *æquius melius* », « *in bonum æquum* ». Adde. Al. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*. Zweiter band, abt II, 1900, livre VIII, chap. III, § 3, p. 195 : «... So ist erklärlich, dass sich neben dem regelmässig *ex fide bona*, der Formel zwei andere Fassungen erhalten haben, die von demselben Werte sind. Die Formel *uti inter*

pour les b. f. actiones s'impliquant alors de soi-même ».

§ 2. — L'ASPECT SUBJECTIF DE LA NOTION DE BONNE FOI.

129. — Revenant maintenant aux principes de l'enrichissement injuste, nous ferons remarquer que, tant dans son fondement que dans quelques-unes de ses applications, il implique et envisage la notion de bonne foi sous un aspect *subjectif* (1). En effet, la théorie de l'enrichissement injuste, bien que tendant à satisfaire le *suum cuique tribuere*, se fonde, dans son principe, sur le *neminem laedere*. C'est le préjudice, la lésion contraire à la bonne foi qui détermine l'intervention du droit. « Enrichissement » est le pendant — bien qu'au pôle opposé — de « préjudice ». Il devra donc être injuste ou de mauvaise foi pour donner naissance à une action en

bonos bene agier oportet et sine fraudatione der Fiduciaklage, bezeichnet, wie mir scheint, genau das, was die *bona fides* auch macht : sie ist über den besonderen Fall, soviel wir wissen, niemals ausgedehzt worden und hat deshalb in unseren Rechtsbüchern keine spur hinterlassen. » Comp. Ciceron, Top. 66 (cité par Pernice): « in omnibus igitur eis indiciis, in quibus *ex fide bona* est additum, ubi vero etiam *ut inter bonos bene agier*, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est *quod eius aequius melius*, parati eit esse debent : illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid... alterum alteri praestare oportet... tradiderunt ».

1. Comp. Pugliesse, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 333, p. 624. L'auteur constate que : « Presso i moderni scrittori di diritto romano, l'idea della buona fede è il più spesso collegata a quella della coscienza di non laedere il diritto altrui, nelle variae sue configurazioni o di non commettere ingiustizia, o di non far torto ad altri e simili, e viene così assumendo un contenuto etica più intenso é pin spécato ».

répétition. Le cas le plus typique d'un enrichissement injuste est celui du *furtum* sanctionné par la *condictio furtiva* ou *condictio ex furtiva causa*. Car le *furtum* suppose justement une *contrectatio fraudulosa*, c'est-à-dire une dépossession effectuée dans une intention de lucre et avec la conscience d'agir sans droit : *animus furandi* (1), autrement dit de mauvaise foi. C'est en ce sens que porte l'affirmation des Institutes et de Gaius : « *furtum sine dolo malo* (sine affectu furandi) non committitur » (2). Par la suite, celui qui reçoit sciemment le paiement d'une dette inexistante commettra un *furtum* sanctionné par la *condictio furtiva* et, inversement, la *condictio indebiti* sera donnée seulement contre un *accipiens* de bonne foi (3).

130. — On voit donc qu'avant (4) qu'on eût dégagé de la notion objective de la bonne foi toutes les conséquences qu'elle comportait, en tant que méthode nouvelle d'interprétation du rapport obligatoire, ou, tout au moins, avant que cette notion fût consacrée, en tant que notion technique caractérisant toute une série d'actions, la bonne foi subjective était prise en considération et produisait des effets de droit autrement caractéristiques. Ce fut donc la

1. Girard, *op. cit.*, p. 393.

2. Gaius, 3. 197. *Inst.* 4, 1 *De obli. quae ex delicto*, 55, 7.

3. Cuq, p. 543 et Girard, 607.

4. M. Cuq croit au contraire que, par rapport à la théorie consensuelle, la théorie des *condictiones* représente un pas de plus. (*Manuel*, p. 536-537).

discipline de cette bonne foi subjective, se développant sur le terrain délictuel ou quasi-contractuel, qui porta le premier coup au formalisme, car ce fut elle qui entraîna l'investigation juridique dans la voie des recherches psychologiques portant sur les intentions qui enveloppent et baignent les actions humaines (1). Cela est si vrai que ce ne fut qu'un siècle après que C. Cassius Longinus, prêteur en 627, promit — dans l'édit — d'assurer l'observation des pactes faits sans dol, ni fraude (2), que Servius Sulpicius, consul en 783, distingua, le premier, les obligations nées *consensu* et celles nées *re, verbis* ou *litteris* (3). Et ce ne fut qu'après que les for-

1. Cela ne veut pas dire que la bonne foi apparut dans les obligations après avoir acquis droit de cité dans d'autres théories, telles que celles de l'usucapion ou de la revendication. Sur ce point et à l'exemple de M. Collinet nous sommes convaincus que c'est la théorie de la bonne foi dans les obligations qui a contaminée et influencée les autres théories. Seulement nous croyons que de même qu'à Rome « on s'occupe des personnes là où dans nos conceptions modernes nous nous occupons des choses et des idées » (V. Collinet, *Cours*, 1923-1924, p. 23) de même les Romains conçurent d'abord la notion de bonne foi dans ses manifestations subjectives, avant de saisir son aspect objectif. Du reste M. Collinet reconnaît, en ce qui concerne la bonne foi dans la possession, qu'« il est possible qu'on ait plutôt commencé par l'individu que par la notion abstraite » (p. 281).

2. V. Cuq, *Institutions*, I, p. 692, note 3 et II, p. 449. En ce qui concerne l'édit du prêteur, il est conçu en ces termes : (D. 2, 14 (De pactis) 7, 7 Ulpianus lib. 4 ad. edictum) « Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo ».

3. Auparavant elles portaient le nom de pactes malgré que Q. Mucius Scaevola, consul en 659, eût déjà donné, au milieu du *vii^e* siècle, une première liste d'arbitria caractérisées par les mots *ex fide bona*.

mules de l'action et de l'exception du dol furent proposées en 688 par le préteur Aequilius Gallus et que furent insérées dans l'édit, entre 676 et 683, celles réprimant la violence, que s'opéra — vraisemblablement à la suite des lois *Juliaë judiciariæ* de 737 — la contamination définitive entre l'*arbitrium* et le *judicium ex fide bona* et qu'apparurent les actions de bonne foi, sous l'aspect qui leur est propre en tant qu'actions.

§ 3. — CARACTÈRE CRÉATEUR DE LA BONNE FOI.

131. — En dehors de ces domaines où la notion de bonne foi subjective se précise dans ses aspects par opposition avec les différentes manifestations de la notion antonyme de la mauvaise foi, elle s'affirma ouvertement, dans son principe et sous son aspect créateur et positif, sur le terrain patrimonial, comme condition de l'usucapion, de l'exercice de l'action publicienne, de la *petitio hereditas* et revendication.

Mais, sous son aspect subjectif positif, la notion de bonne foi apparaît donc comme une notion dont la discipline, entraînant la garantie et la sanction publique, autorise ou légitime soit une réaction répressive contre des faits contraires à son essence, soit une résistance ou une action en consolidation ou en revendication des situations de fait prenant leur source ou leur raison d'être dans un état qui lui est conforme.

Ainsi envisagée, la notion de bonne foi n'est plus

une simple notion technique servant à caractériser une méthode procédurale interprétative. Elle correspond, au contraire, à une réalité humaine qui trouve sa valeur dans la conscience individuelle. Sur son fondement une faculté de réaction ou d'affirmation est reconnue à une personne, par une source formelle du droit, lui permettant d'accomplir des actes déterminés(1). Par là, la notion de bonne foi s'affirme comme une notion ayant « une fonction créatrice » consistant à « faire sortir le droit du fait » (2). Elle crée le droit (3) et s'identifie avec lui, en tant que celui-ci constitue « une donnée que la conscience proclame (4) ».

De sorte que finalement la notion de bonne foi se présente avec un double caractère : social et créateur (5).

132. — Créatrice de facultés individuelles de nature sociale, la notion de bonne foi apparaît comme une

1. Comp. la définition du « sens fondamental » du mot droit, donné par M. Planiol dans son *Traité élémentaire* (n° 2, 3, p. 1-2) : « Dans son sens fondamental le mot droit désigne une faculté reconnue à une personne par la loi, et qui lui permet d'accomplir des actes déterminés. »

2. V. note 5 ci-dessous.

3. V. L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques*, p. 89.

4. Accarias, *Précis de droit romain*, Introduction générale, 4^e éd., § 9, cité par M. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 10.

5. Comp. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Conclusion, p. 238. D'après M. Gorphe, la notion juridique de « bonne foi » a « une fonction créatrice qui est de faire sortir le droit du fait » et « une fonction adaptatrice, qui est de modeler le droit sur le fait ».

notion éminemment juridique, réunissant les éléments qui constituent la notion spécifique du droit et par conséquent pouvant la représenter.

Il nous faut voir maintenant si, en fait, elle la représente et par conséquent si elle convient à tout le défini, c'est-à-dire si elle est à la base de toutes les institutions positives du droit. Seulement, un choix sera nécessaire à faire dans la considération de ces institutions, pour ne pas alourdir inutilement notre travail. Ainsi, pour celles qui ont comme fondement une règle morale pleinement visible ou déjà étudiée et mise en valeur (1), toute démonstration ou vérification est superflue. Nous nous contenterons donc de renvoyer, en ce qui les concerne, aux œuvres si connues de MM. Ripert et Josserand (2). Mais il y a des institutions juridiques, dont le fondement moral, moins apparent et moins saisissable, prête à plus de discussion quant à son caractère et semble, en tout cas, contraire ou tout au moins étranger à la discipline et à l'autorité de l'idée qui correspond à la notion de bonne foi. De celles-ci il faudra au contraire nous occuper en leur réservant une place à part, dans laquelle nous les envisagerons avec les développements nécessaires.

Dans cet ordre d'idées, nous aurons à considérer trois théories, appartenant respectivement aux trois aspects créateurs — extra contractuel, contractuel

1. V. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*.

2. V. note précédente et L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* et *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Adde, Em. Lévy, *Les droits sont des croyances*.

et patrimonial — de la notion de bonne foi, savoir : 1^o La théorie de la responsabilité délictuelle, 2^o la théorie contractuelle proprement dite et 3^o la théorie de la prescription acquisitive.

A leur occasion nous serons amené à déterminer, d'une manière précise, les critères de la notion de bonne foi, tels qu'ils se dégagent de l'application juridique des quatre vertus qui les sous-entendent et qui sont, comme nous avons eu l'occasion de le voir (1), les vertus : 1^o de la prudence ; 2^o de la probité ; 3^o de l'ordre et 4^o de la tempérance. Du même coup nous aurons déterminé la signification de l'expression « discipline de la bonne foi », expression riche en contenu et par conséquent un peu vague dans son affirmation abstraite et synthétique (2).

Il nous restera à envisager cette autre expression : « l'autorité de la bonne foi ». En ce qui la concerne, la théorie du mariage putatif nous fournira les précisions complémentaires nécessaires.

1. Voir ci-dessus, n^o 83.

2. Comp. la formule de l'alinéa 1 de l'article 2 du Code civil suisse : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon *les règles de la bonne foi* »

TITRE III

La bonne foi, notion générale du droit.

CHAPITRE PREMIER

THÉORIE DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE.

*« Discite justitiam moniti et non
temnere divos ».*

(VIRGILE, *Eneide*).

SECTION UNIQUE

La compréhension de la notion de bonne foi.

§ 1. Bonne foi et bonne intention ; différences. — § 2. Mauvaise foi et intention de nuire. Imprudence ou négligence et intention de disconsidération. — § 3. Diligence et prévoyance. La vertu de prudence.

§ 1. — BONNE FOI ET BONNE INTENTION ; DIFFÉRENCES.

133. — Dans ce nouvel ordre de recherches nous allons commencer par la théorie de la responsabilité délictuelle (pour chercher si elle trouve son fondement dans la notion ou l'idée de bonne foi), parce que c'est cette théorie qui nous situera dans le centre même de cette notion, de façon à faire

comprendre la suite de nos développements.

En effet, avant d'aborder la théorie de la responsabilité, et pour pouvoir justement atteindre notre but, il faudra d'abord nous entendre sur le contenu exact de cette notion et faire une distinction qu'on oublie trop souvent de faire. Par là même nous serons à même de nous rendre compte si cette notion est à la base de la responsabilité délictuelle.

En effet, on considère habituellement l'expression de « bonne foi » comme synonyme de « bonne intention », et celle de « mauvaise foi » comme indiquant la « mauvaise intention ». Or, si cette dernière interprétation peut, à la rigueur, être acceptée, la première ne se vérifie ni par les origines, ni par le caractère spécifique de cette expression.

En effet, la notion *bonae fidei* désigne à l'origine *un usage* : celui des honnêtes gens (1). Elle signifie donc *une conduite générale qui se rapporte à un certain état d'esprit, mais ne vise pas seulement l'activité intentionnelle*. Et si, dans la suite, on avait limité sa signification à désigner seulement cette activité, on ne comprendrait pas pourquoi on s'obstinerait à la préférer à celle de « bonne intention », plus précise et plus claire. Si la notion de la « bonne foi » n'était guère plus compréhensible que celle de la

1. Comp. Pongliesse, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 622, d'après lequel : « Auando la parola *fides* è accompagnata dall'epiteto *bona* conserva talvolta la stesso significato..., il dovere di uniformarsi ad una condotta di nomini probi ed onesti, e di questa specie, il Donello disse con lucida concisione che « *bona fides est officium viri boni* ».

« bonne intention », cette dernière devrait prévaloir dans le langage juridique, qui doit rechercher la précision. Or, c'est justement le contraire qui arrive. Et si, par analogie avec la mauvaise foi, qui paraît désigner la mauvaise intention, on voulait restreindre la signification de l'expression de « bonne foi », on devrait remarquer, avec M. Gorphe, qu'« il y a un véritable abus de langage à dire que la bonne foi n'est que l'absence de la mauvaise foi, comme si l'on disait que la loyauté n'est que l'absence de la déloyauté (1) ».

Au contraire, la bonne foi consiste dans un état d'esprit correct et innocent qui comprend la bonne intention, mais qui la dépasse ou la présume. Car qu'est-ce que la bonne intention signifie ? D'après Villey, c'est « la croyance dans la légitimité du but que l'on veut atteindre » (2). Mais la légitimité du but ne justifie pas les moyens par lesquels ce but est, ou cherche à être, atteint. Les moyens doivent être eux-mêmes choisis de telle manière, que leurs conséquences indirectes possibles ne soient pas en contradiction avec l'état d'esprit correct qui préside au choix du but.

1. Gorphe, *op. cit.*, p. 118.

2. Edmond Villey, *De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi...*, p. 318.

§ 2. — MAUVAISE FOI ET INTENTION DE NUIRE.
IMPRUDENCE OU NÉGLIGENCE ET INTENTION
DE DISCONSIDÉRATION

134. — Mais, même par rapport à la notion de *mauvaise foi*, la notion de bonne foi n'est pas confinée à celle de bonne intention. Comme l'a fait observer Larombière, ces mots « bonne foi » ont une très large acception et expriment tous les sentiments honnêtes d'une droite conscience, car la notion de mauvaise foi consiste elle-même soit dans une intention mauvaise, soit dans une imprudence, une faute ou une simple infraction à la loi (1). Cette manière de voir est du reste conforme à celle du célèbre auteur des *Lois civiles*. « Lorsqu'il n'y a ni dessein de nuire, ni mauvaise foi... » disait Domat. Cela prouve qu'il ne considérerait pas la notion de mauvaise foi comme identique ou synonyme de celle de l'intention de nuire, puisqu'il mettait celle-ci à part.

Il résulte que l'imprudence ou la négligence, qui dénotent une intention tout au moins de *disconsidération* pour ceux qu'on peut léser, sont constitutives de mauvaise foi, sinon à l'égal, du moins à côté de

1. Larombière, *Th. et Prat. des obligations*, t. I, p. 381, sous l'article 1134, n° 5 : « A la bonne foi, la loi oppose ce qu'elle appelle la mauvaise foi. Mais dans le sens qu'elle y attache, cette mauvaise foi purement légale consiste le plus souvent dans la connaissance qu'a eue le stipulant ou qu'il est censé avoir eue des vices. Par contre la bonne foi consiste alors dans l'ignorance. Dans ce cas aussi, la mauvaise foi, sans incriminer la conscience, constitue soit une imprudence, une faute ou une infraction à la loi civile plutôt qu'un manquement aux règles de la morale et de la probité. »

la mauvaise intention, car la négligence et l'intention de nuire constituent l'une et l'autre un état d'esprit moralement fautif (1) et en conséquence exclusif de la bonne foi. Manière de voir consacrée par un texte positif, l'alinéa II de l'article 2 du Code civil suisse, qui décide que « nul ne peut invoquer sa bonne foi si elle est *incompatible* avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. »

§ 3. — DILIGENCE ET PRÉVOYANCE.

LA VERTU DE PRUDENCE.

135. — Qu'est-ce que signifie la formule de l'article 2 du Code civil suisse, sinon que la notion de bonne foi suppose, en dehors de la *bonne intention*, la *diligence* et la *prévoyance*. Par contre, la négligence et l'imprudence lui sont donc contraires (2).

1. Léal, *De la négligence...*, p. 151.

2. Moralement parlant une intention mauvaise constitue une négligence ou une imprudence de la conscience humaine, qui doit être toujours en éveil pour ne pas permettre l'introduction de pareilles intentions dans le for intérieur. De même la négligence et l'imprudence supposent des mauvaises intentions non pas par rapport au but poursuivi, mais par rapport à ce qui constitue le devoir de conscience : qu'on passe à côté, dans l'intention bien définie de n'en pas tenir compte, l'intention de braver la sagesse apparaît. Cette intention de braver peut se manifester soit positivement sous la forme d'une déconsidération et alors elle constitue l'imprudence, soit négativement et nous avons alors affaire à une négligence. C'est ce que prouve un conseil donné, par un des leurs, aux automobilistes en vue d'éviter les accidents : « Et puis, si quelqu'un vous laisse entendre qu'être prudent c'est avoir peur, haussez les épaules à cet homme sans dignité. Etre prudent, c'est redouter de détruire, chez autrui, la vie ou le bonheur. C'est une bien noble peur. » Baudry de Saunier, dans *Le Journal*. L'intention imprudente et

Car la bonne foi est, d'après ce texte, « incompatible » avec ces états, qui sont contraires à l'attention qui peut être exigée, dans des circonstances données, de tout individu dans la conduite de ses actions.

Cela est conforme à la tradition juridique romaine qui assimilait la faute lourde et grossière (1), et même la faute in concreto (2), au dol et par suite à la mauvaise foi, en même temps qu'elle leur opposait la diligence qui est contraire à la culpa, negligentia, desidia, imprudentia, ignavia (3). « Si

l'intention de nuire, toutes les deux sont contraires à la bonne foi qui caractérise l'homme de bien, l'honnête homme, le bonus pater familias. V. *contra* Pugliesse, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 627, qui critique la conception de Windscheid, en ce qui concerne la sensibilité de l'erreur. Mais il faut tenir compte que la matière sur laquelle portent ses considérations, diffère de la nôtre, et qu'en plus l'auteur italien ne fait pas la distinction capitale entre les divers moments d'application de l'idée de bonne foi, distinction qui permet et explique les nuances dans l'état d'âme correspondant.

1. D. XVI, III-32. Celsus, lib. II, *Digestorum De lata culpa* : Quod nerva dicerit latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominem natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non cauet : nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit. (Le sentiment de Nerva, qui pense qu'une faute grossière doit être regardée comme dol et mauvaise foi, me paraît très juste, quoique Proculus ne soit pas du même avis. En effet, si un homme n'est pas aussi soigneux que l'est le commun des hommes, il paraît qu'on doit le regarder comme étant de mauvaise foi, lorsqu'en matière de dépôt il n'apportera point au moins les soins dont il est capable : car on ne peut pas croire qu'il soit de bonne foi s'il est moins soigneux à l'égard des effets qu'on lui a déposés qu'à l'égard des siens propres).

2. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, p. 86.

3. V. Maynz, *Cours de droit romain*, p. 9 : « Les termes culpa negligentia, desidia, imprudentia, ignavia, etc..., sont synonymes et s'emploient en opposition au mot diligentia qui sert à désigner par excellence les soins du bonus pater familias. »

un homme n'est pas aussi soigneux que l'est le commun des hommes, il paraît qu'on doit le regarder comme étant de mauvaise foi », proclamait le Digeste. Dans un autre texte, le *dolus malus* et la *culpa* étaient opposés à la *bona fides* (1). Et, s'il est vrai que ces textes se rapportent à la responsabilité contractuelle, on doit faire observer, avec M. de La Gressaye, qu'« il y aurait un grand avantage à ce que la responsabilité dite contractuelle fut présentée de la même manière que la responsabilité délictuelle, ces deux responsabilités ayant le même fondement » (2). D'ailleurs ici il ne s'agit que du contenu de la notion de bonne foi et ce contenu est *un*, que cette notion soit envisagée au point de vue contractuel ou délictuel.

Mais, même en dehors de la tradition romaine et des textes législatifs modernes, nous en trouvons une confirmation dans les *standards* du droit américain, standards qui ne sont que des étalons d'appréciation dans un système d'interprétation judiciaire *ex fide bona*. Or, parmi les plus importants de ces standards sont : le standard de *conduite loyale* (standard of fair conduct), ou le standard de *loyauté commerciale* (standard of commercial truthfulness), le standard de *prudence nécessaire* (standard of due care under circumstances ou of due care in driving),

1. D. XVIII. I. 68, *Principium*.

2. Jean Brethe de la Gressaye, *La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil* ; dans *Rev. Générale de droit, de la législation et de la jurisprudence*, année 1928, fasc. 3, p. 195.

le standard de *rationalité* (standard of reasonable-ness) et le standard de *diligence* (1).

Et de même les formules des législations modernes qui assimilent ce qu'on doit connaître ou prévoir à ce qu'on connaît ou on prévoit, ne font que reconnaître et proclamer le contenu que nous avons attribué aux notions de la bonne et de la mauvaise foi (2).

Une fois ce contenu de la notion de bonne foi établi, il apparaît avec évidence que la responsabilité civile des articles 1382-1386 trouve son fondement dans la discipline correspondant à cette notion, car ils tablent sur l'intention de nuire comme sur la négligence et sur l'imprudence, sans faire aucune distinction en ce qui concerne leurs suites (3).

1. V. M. Stati, *Le Standard juridique*, Paris 1927, p. 39-43. Comp. Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*) sur le critère de *rationalité* (vule of reasonableness), en ce qui concerne le critère de *l'expediency*, c'est-à-dire de *l'opportunité* et de la valeur économique des actes législatifs.

2. V. comme exemple les articles 169, 307 et 1682 du B. C. B.

3. V. *contra*, Jean Dabin, *op. cit.*, sect. III, chap. III, *La responsabilité civile*.

Nous croyons que la différence entre le délit et le quasi-délit tient de l'application de la discipline de la bonne foi, à deux moments distincts : celui de *l'initiative* et celui de *l'exécution* d'un fait quelconque. La théorie du risque se rattache, elle aussi, à la prise en considération du premier moment.

CHAPITRE II

LA THÉORIE CONTRACTUELLE.

« Le système des conventions basées sur la bona fides, dans le sens romain du mot, c'est-à-dire du commerce juridique exclusivement fondé sur la loyauté et la conscience, est un complément du formalisme. »

IHERING (*De l'esprit du droit romain*, t. III, p. 174).

SECTION PREMIÈRE

Le formalisme.

§ 1. — Opposition théorique entre le formalisme et la bonne foi. — § 2. Le formalisme moderne et la réfutation de la théorie classique. — § 3. Le formalisme comme moyen technique de la discipline de la bonne foi. — § 4. Le principe de l'autonomie de la volonté et le formalisme. — § 5. Formalisme et stylisation ; caractère aristocratique du formalisme.

§ 1. — OPPOSITION THÉORIQUE

ENTRE LE FORMALISME ET LA BONNE FOI.

136. — Si nous passons maintenant aux obligations contractuelles les développements qui précèdent et qui ont porté sur le rôle que la notion de bonne foi a eu par rapport et à l'encontre de la conception formaliste, ces développements imposent une première remarque, soulèvent une première difficulté, posent une première question.

En effet, si la notion de bonne foi constitue la notion spécifique du droit, sa notion fondamentale, on devrait la retrouver au fond de toutes ses manifestations, inspirant toutes ses applications, comme aussi toute sa technique, et par conséquent aussi la technique du formalisme. Car, comme le fait remarquer très judicieusement M. Geny : «... la technique juridique, si elle consiste essentiellement en une activité volontaire, tendant à introduire dans la vie sociale « l'artifice », « la convention » n'est pas livrée à l'arbitraire ou à la fantaisie pure, elle répond à un but, puisé dans les éléments fondamentaux (scientifiques) du droit, qu'on peut rattacher à l'idée de justice largement comprise (1) ».

Or, de la technique juridique fait partie en premier lieu le formalisme (2). Il faudra donc retrouver à son origine et dans son fondement la notion ou tout au moins l'idée de bonne foi qui est, d'après nous, l'élément spécifique de la discipline juridique. Et même, le formalisme et l'idée de bonne foi devraient se confondre, s'identifier, si on pense comme Ihering, que la technique constitue l'élément véritablement spécifique du droit.

Mais nous avons vu la notion de bonne foi s'opposer à celle du formalisme. Et si cette opposition est représentée en droit romain par la distinction

1. François Geny, *Science et technique*, t. III, ch. VI, (XVI), n° 188; p. 33.

2. *Ibid*, chap. IV, (XVIII), n°s 202 et suiv., p. 94 et suiv.

des actions de bonne foi et de droit strict et trouve ainsi sa source idéologique dans ce droit, cette distinction n'eut dans ses origines qu'une portée technique restreinte, concernant non pas une division ou classification théorique de toutes les actions connues (1), mais seulement la dénomination de deux catégories restreintes d'actions, dont l'une, celle des actions de droit strict, ne date que de Justinien (2). Cette opposition reçut au contraire, par la suite, dans le cours des temps, une signification principiale dénotant deux points de vue théoriques distincts, deux manières d'envisager l'interprétation juridique. Et comme ce fut sur la base de la notion

1. En effet, en droit romain, il y avait une quantité d'actions en dehors de ces deux catégories ; ainsi : les actions arbitraires, utiles, fictives, *in bonum et aequum conceptae* et *in factum*, pour ne citer que les plus connues et les plus importantes. Il est vrai que presque toutes ces actions étaient issues du même mouvement jurisprudentiel que celles de bonne foi. Seulement, comme nous l'avons déjà remarqué, cette notion de bonne foi eut en droit romain un sens technique précis, circonscrit dans sa signification à quelques actions nettement déterminées. Voir dans ce sens Ch. Dupuis, « *Du pouvoir du juge dans les actions de bonne foi en droit romain* » (Thèse, 1887, Paris) : « Toutes les actions romaines n'étaient pas comprises dans la division en actions de droit strict et en actions de bonne foi ; cette division ne se référait en effet qu'aux actions civiles personnelles nées de contrats ou de quasi-contrats ; elle était sans application, d'une part aux actions prétoriennes, de l'autre aux actions réelles et aux actions nées de délits et de quasi-délits. Mais les actions de droit strict et de bonne foi présentaient, au point de vue des pouvoirs du juge, les deux solutions les plus opposées : d'un côté le plus de rigueur, et de l'autre le plus de latitude » (p. 11-12).

2. V. Girard, *Manuel*, p. 989, note 2. L'expression d'« action stricti-juris » est d'ailleurs une expression rare dans les textes. On la rencontre dans les *Institutes* (§ 28 De act. IV, 6) et une fois au *Code* (C. I, 2 De rei ux. art. V, 13).

de bonne foi que le formalisme fut atteint, en droit romain, dans sa toute puissance, on finit, à la longue, par opposer, en droit moderne, ces deux notions, de façon que l'affirmation de l'une exclue l'autre d'une manière irréductible et de principe. Plus d'un auteur, pour ne pas dire la totalité, se laissa entraîner par cette distinction commode et suggestive et les ouvrages discourant sur le formalisme romain furent unanimes à faire ressortir sa nature foncièrement et irrémédiablement étrangère à l'idée de bonne foi. Et c'est ainsi que, tout dernièrement, M. Gorphe, après avoir fait allusion, dans son ouvrage cité, à l'analyse du formalisme romain faite par Ihering, crut pouvoir affirmer catégoriquement, sans aucune hésitation, que « ce rigorisme étroit (le rigorisme du formalisme romain basé sur la toute puissance du mot) *ne laissait guère de place à la bonne foi*. Il laissait au contraire, la porte ouverte à la malice et à la fraude la plus habile » (1).

137. — Du reste Ihering avait prévu cette « accusation dirigée contre le formalisme » (2).

1. Fr. Gorphe, *op. cit.*, p. 33-34.

2. Ihering, *Esprit de droit romain*, traduc. Meulenaere, t. I, p. 174 et suiv. Voici les propres termes d'Ihering exposant cette accusation : « Écoutons l'accusation dirigée contre le formalisme. En déclarant non obligatoire la parole donnée, à raison d'un vice de forme insignifiant, le droit méconnaît le *sentiment moral* ; il en fait litière en exemptant de toute peine, de toute censure, même le plus criant abus de confiance, en allant jusqu'à obliger le juge à prêter au besoin son bras pour ouvrir dans la forme

Il l'avait même très bien caractérisée en protestant contre ce « reproche, qu'on n'est certes pas en droit » d'adresser au formalisme et que — en fait — « personne n'a encore nettement formulé, ni expliqué ». Constatant néanmoins que « ce nouveau grief » a « déposé dans quelques esprits peu clairvoyants certains germes qui prennent l'apparence de la réalité », Ihering trouve, en effet, « que *cette critique méconnaît elle-même complètement la mission propre du droit et celle de la morale* ».

Cependant le reproche se précisa avec l'analyse des textes législatifs modernes. Car la notion objective de bonne foi, dégagée par le droit romain et rattachée à celle du « pactum conventa », du contrat consensuel, passa dans le droit moderne, par l'intermède du droit canonique qui la renforça, pour marquer justement la victoire de la conception spiritualiste sur celle formaliste.

En effet la *fides romana* devint au moyen âge la *fides catholica* (1), et au xiii^e siècle, l'Eglise (2), sous l'inspiration de l'Ecriture Sainte et des Pères de l'Eglise et par la plume et la voix des canonistes,

une retraite assurée à la perversité et à la fraude. Le sentiment juridique du peuple doit s'ébranler au spectacle quotidien d'un pareil scandale. Or, imposer silence au *sentiment juridique*, c'est le détruire. Eriger la forme en suprême et dernière raison, *c'est ruiner ce qui fait la base du commerce juridique, la loyauté.* »

1. Comp. Gorphe, *op. cit.* p. 11, citant Ruffini.

2. Piédelièvre, *Cours de droit civil approfondi*, année 1925-1926.

opposa à son tour au formalisme de l'époque féodale, la conception exprimée par la règle *ex nudo pacto actio oritur* (1). Cette conception canonique, qui ne fut admise avec certitude par le droit coutumier français qu'à l'époque de Dumoulin et de Loysel, dans la première moitié du xvi^e siècle, reposait elle-même sur la conception morale du péché de celui qui, en manquant à son engagement, commet un mensonge (2). Elle tablait donc sur l'idée de bonne foi, le *peccatum*, comprenant la notion de mauvaise foi et par conséquent s'opposant à la notion contraire de la bonne foi (3). Quand, plus tard, on disséqua le principe de l'observation des simples promesses, des règles telles que celles proclamant que « tous les contrats doivent être de bonne foi » (4), ou que

1. La règle de droit ne fut définitivement formulée qu'au début du xiii^e siècle (1212) par Johannes Teutonicus, dans la *Glossa ordinaria* du Décret de Gratien c. 22 qu. 5, c. iuramenti, glose : *distantiam* (F. Spies (note suiv.) p. 23).

2. V. Gorphe, p. 22. — Adde : François Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, p. 22-23 : « Le principe est énoncé pour la première fois par Clément d'Alexandrie : « *Le Chrétien doit exécuter fidèlement ses conventions, attendu qu'il est contraire à la loi morale (praeter officium) de mentir en manquant à sa parole donnée* ». Voir aussi page 128. D'après Felinus le premier argument que les canonistes ont l'habitude d'invoquer pour fonder la communis opinio canonistarum, qui fut à l'origine l'opinion de Johannes Teutonicus, est que, « le droit canonique est opposé au péché ; il tend à sanctionner toutes les situations de fait, dont la méconnaissance ferait commettre un péché mortel. Or l'inobservation des pactes nous fait commettre un péché mortel. Par conséquent le droit canonique sanctionne les pactes nus. »

3. Voir en ce sens Gorphe, *op. cit.*, p. 11.

4. De l'Hommeau, *Maximes générales du droit français*, I, 145,

« toutes actions sont de bonne foi » (1) s'imposèrent d'elles-mêmes.

L'article 1134, qui, dans son premier alinéa, affirme que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », ne fit que suivre ces précédents, lorsque, dans son dernier alinéa, il déclara « qu'elles doivent être exécutées de bonne foi ». Et les commentateurs du Code civil en firent autant. Le dernier alinéa de cet article leur parut symboliser l'abolition de l'ancienne distinction romaine entre contrats et actions de bonne foi et contrats et actions de droit strict (2).

Seulement, pour mettre en évidence l'importance et la supériorité du point de vue moderne, le formalisme — et par là l'ancien droit romain — en sortirent altérés, falsifiés dans leur contenu et dans leur esprit (3). Un seul auteur — à notre connais-

cité dans Arthur Daguin, *Axiomes, aphorismes et Brocards de droit français*, p. 164 n° 1433. Comp. M. Piedelièvre, *Cours de droit civil approfondi*, p. 81 (an 1925-1926) : « Tous les contrats sont chez nous, de bonne foi, c'est-à-dire impliquent de la part du juge une recherche d'intention commune. »

1. N. Catherinot, *Les axiomes du droit français, idem.*, p. 168, n° 1480.

2. V. Demante et Colmet de Santerre, *Code civ.*, t. 5, p. 64, n° 50 ; Larombière, *Th. et pratique des obligations*, t. 1, p. 380, n° 5 ; sous l'article 1134 ; Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, p. 407, n° 466 ; Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 6, p. 368, n° 333 ; Baudry-Lacantinerie et Binet, *Droit civil*, t. 2, p. 59, n° 137 ; Laurent, *Principes de droit civil*, t. 16, n° 181, p. 243.

3. Comp. Demante, *op. cit.*, *loc. cit.* : « La bonne foi, qui est

sance — réagit, contre l'entraînement de cette interprétation traditionnelle, d'une façon précise. Ce fut M. Huc, dans son *Commentaire théorique et pratique du Code civil* après avoir mentionné l'interprétation habituelle donnée au dernier alinéa de l'article 1134 du Code civil par presque tous les auteurs (1), diagnostiqua l'erreur par une exclamation qui en constitue en même temps l'éclatante réfutation : « Cela tiendrait à faire croire — nous dit-il — qu'il s'agit d'une découverte faite par les modernes et que les Romains ne se sont pas doutés que la bonne foi pouvait être l'âme des relations sociales (2) ».

Cette réfutation est d'autant plus légitime en face

l'âme des relations sociales, doit présider à l'exécution des conventions. Nous ne connaissons pas, dans l'application de ce principe, la distinction que faisaient les Romains entre les actions dites de droit strict et les actions dites de bonne foi ».

1. Th. Huc, *op. cit.*, t. 7, n° 40, p. 133 : « L'article 1134 se termine par cette déclaration que les conventions doivent être exécutées de *bonne foi*. Les auteurs ne manquent pas de faire observer que notre droit français a ainsi entendu repousser la distinction admise autrefois par le droit romain entre les actions *bonae fidei* et les actions *stricti-juris*, et qu'aujourd'hui tous les contrats doivent être exécutés de bonne foi, la bonne foi étant l'âme des relations sociales ».

2. *Ibid.* L'auteur continue ainsi : « Au fond la distinction entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi correspondait dans une certaine mesure à la division admise entre les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques... Mais jamais il n'a été question d'opposer les tempéraments voulus par l'équité à la rigueur du droit civil proprement dit. Aujourd'hui les pouvoirs du juge sont les mêmes dans tous les cas... Mais, dans tous les cas où il y avait lieu autrefois à l'action de droit strict, quand le fait obligatoire est établi, ce que l'équité exige avant tout, c'est que le débiteur paie ».

de la renaissance (1) et — ce qui est plus caractéristique — de la survivance du formalisme (2) dans le droit moderne. Car, en parlant du rigorisme du droit romain ancien, de son formalisme foncier, on présentait leur décadence comme une conséquence de la multiplication des relations juridiques — surtout sous leur aspect commercial — relations qui s'accordent mal avec les exigences des formes et des formalités (3). L'âme de ces relations, disait-on, est au contraire la bonne foi (4). Et Massé déclarait que « notre droit civil, en rejetant la subtilité des distinctions romaines, n'a fait que suivre l'exemple qui depuis longtemps avait été donné par le droit commercial, que les tendances ont toujours rapproché de l'équité naturelle et éloigné des formes inu-

1. Comp. P. Moeneclacy, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français* (Thèse, Lille, 1914).

2. J. Bonnet, *Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. II, n° 381, p. 451. L'auteur déclare : qu'« au risque de heurter les idées reçues (comp. Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XII, n° 21 en note), mais sur le fondement d'un examen attentif de notre législation, nous ferons état, quant à nous, de la survivance du formalisme dans les actes juridiques du droit civil et non pas de sa renaissance. »

3. Comp. Cuq, *Institutions*, ch. XII, p. 592 : « Les solennités des actes juridiques étaient peu compatibles avec la célérité nécessaire aux opérations commerciales ; elles n'avaient pas assez de souplesse pour se prêter aux combinaisons variées qu'on pouvait avoir en vue. Les actes fiduciaires ne présentaient aucun de ces inconvénients ; ils avaient d'autre part l'avantage de répondre entièrement aux besoins du commerce qui exigent la confiance, le crédit ».

4. V. Casaregis : « Bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans commercii ». (Disc. 144, n° 10, cité par Laurent : *Principes du droit civil*, t. XVI, n° 182, p. 244).

tiles à ceux qui s'engagent de bonne foi (1), qui est même *fondé sur la bonne foi* » (2).

§ 2. — LE FORMALISME MODERNE
ET LA RÉFUTATION TRADITIONNELLE.

138. — Devant l'essor du formalisme moderne, on observe qu'il est dû précisément aux exigences du commerce qui ne peut vivre et se développer sans un état de sécurité que, seules, les formes techniques peuvent fournir. « Plus le commerce juridique devient actif, plus le besoin de sécurité est pressant. *L'organisation de la publicité, de l'état et des droits, la renaissance du formalisme, la conception de l'acte abstrait*, la théorie de la propriété apparente, le maintien de la vieille maxime sur l'erreur commune sont autant de manifestations du désir de sécurité (3) ». Bien plus, on fut contraint, à la

1. Massé, *Droit commercial*, t. III, n° 1434. L'auteur cite Raphaël de Turin, qui a affirmé, l'un des premiers : « *apud mercatores nulla fit differentia inter pactum nudum et stipulationem* ». Plus loin, Massé précise : « Le Code civil ne reconnaît que des contrats de bonne foi et il n'a fait que suivre à cet égard les anciens préceptes du droit commercial, qui, devant sur ce point comme sur beaucoup d'autres les progrès de la législation civile, avait depuis longtemps proclamé et reconnu l'empire de la bonne foi » (*op. cit.*, n° 1579, p. 169). Cependant il reconnaissait lui-même « qu'il est certains contrats qui résistent à l'interprétation, et dans lesquels ce qui est écrit a plus d'autorité que dans d'autres. Telle est par exemple la lettre de change qui, soumise à des formes et à des énonciations rigoureuses, produit des effets rigoureux et mesurés sur des énonciations ».

2. Massé, *op. cit.*, t. III, n° 1436, p. 6.

3. Ripert, *La règle morale*, n° 158. Comp. Gorphe, *op. cit.*, p. 23. M. Gorphe, après avoir montré qu'« à la base de toute la théorie des obligations se trouve la volonté légitime, *sincère et*

suite d'une mûre réflexion basée sur l'observation et l'étude des faits, à constater que les diverses formalités, exigées par la loi moderne pour la confection des contrats dits *solennels*, ne sont au fond que des garanties « de régularité et de sincérité (1) »,

honnête, qui a une valeur reconnue par la loi morale et naturelle avant de l'être par la loi civile, et qui s'apprécie selon la bonne foi qui la constitue », croit « qu'il n'en est pas tout à fait de même dans les actes commerciaux et en général les rapports d'affaires, en lesquels s'entrelacent les intérêts les plus opposés, sur lesquels s'échafaudent les expectatives les plus diverses, et qui présentent, pour les intéressés, une réelle valeur objective, manifestée pour la forme et l'expression. L'on présume que celle-ci est une suffisante manifestation de l'intention et se trouve en accord avec elle ». Cette présomption serait basée, — d'après Micelli, que l'auteur cite, et entr'autres considérations — sur la *sécurité des rapports* et la *rapidité du trafic*, l'appréciation de l'élément interne constituant toujours un obstacle, un arrêt, ou un retard à la formation du rapport et à la production de ses effets juridiques. » On doit remarquer que cette argumentation prête à la bonne foi les inconvénients du formalisme et à celui-ci les avantages de la bonne foi. Cette interversion paraît du reste correspondre à l'adoption d'une conception diamétralement opposée en ce qui concerne le fondement des relations commerciales, conception d'après laquelle l'âme du commerce sera la spéculation. V. en ce sens Ripert, *op. cit.*, n° 161, qui rappelle le dicton qui exprime cette conception.

1. Planiol, *Traité élémentaire*, t. II, n° 334, p. 994. Il est vrai que M. Planiol croit devoir prévenir et pouvoir affirmer préalablement que « les contrats solennels du droit moderne n'ont rien de commun avec ceux de l'antiquité romaine ou germanique ». Mais ici il ne s'agit pas des contrats, mais du formalisme. Or, l'essence de celui-ci est la même. Dans ce sens voir Loubers, *Analyse de la volonté dans l'interprétation des contrats*. *Rev. gén. de dr.*, 1906, p. 245-260. L'auteur se propose de démontrer, en étudiant l'évolution des contrats romains et la théorie allemande de la déclaration de volonté, qui ont toutes les deux à leur base une conception formaliste, « comment le point d'arrivée est très sensiblement le même que le point de départ, ... les institutions lointaines du passé (étant) à peine démarquées ou transformées » (p. 246). V. aussi p. 259.

nous dirons : des garanties de la bonne foi, pour les parties et pour les tiers.

139. — Où étaient, dès lors, la prétendue opposition, l'irréductible obstacle entre le formalisme et la notion de bonne foi ? Le démenti des faits est catégorique et la contradiction des deux thèses flagrante. L'ancienne distinction romaine n'est point abolie. Le formalisme s'accommode très bien avec les exigences commerciales, qui le sollicitent même, pour la sécurité qu'il procure. La notion de bonne foi, cette âme des relations sociales, inspire tout aussi bien le formalisme juridique qu'elle inspire le mouvement qui lutte contre l'abus des formes que le droit met à la disposition des sujets, c'est-à-dire, plus expressément, contre l'abus du droit (1).

140. — Dans ces conditions, la conclusion logique qui s'impose est que le formalisme répond lui aussi aux exigences que l'idée de bonne foi satisfait. Il est lui aussi une création de cette idée et il fait partie des moyens techniques de la discipline qui s'y rattache (2).

1. V. dans ce sens Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, I, *Théorie dite de l'abus des droits*. Introduction, p. 3. L'auteur cite M. Charles Appleton, d'après lequel la théorie de l'abus « est si peu moderne que sur elle repose toute l'évolution du droit romain, allant du droit strict vers l'équité ». A ce point de vue M. Josserand croit que « le droit prétorien, dans son admirable et harmonieux développement, constitue la plus brillante illustration et comme la marche triomphale de la théorie de l'abus ».

2. Pour ce qui est du caractère non arbitraire du formalisme, V. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 720 : « le formalisme, n'est pas une

Les preuves ?

Elles sont nombreuses !

141. -- La première est fournie par l'appellation même des anciens actes à *caractère formaliste*. La *Faïda* — le droit à la vengeance — des lois barbares ; la *fides facta* du droit germanique — réalisée par la remise de la festuca ou du wadium ou par la simple paumée ; l'engagement par contrat formel des Francs, Saliens ou Ripuaires, désigné par l'expression *fidem facere*, et enfin la *fiance* de l'époque féodale, ainsi que la *fides corporalis ou manualis* de cette même époque, font foi, par leur origine étymologique, de la vérité de notre affirmation. La notion de *fides* ou des notions correspondant à elle, reviennent sans cesse, et laissent entrevoir le fondement du formalisme, savoir l'idée de bonne foi.

D'autre part, nous avons vu Tive-Live soutenir que la sponsio, qui est à l'origine de la stipulation, a pour fondement la foi humaine, la *fides humana*, c'est-à-dire la bonne foi (1). Et si l'on pénètre

création arbitraire d'un législateur... il faut donc reconnaître que le formalisme tient à un état général de la civilisation. » Voir aussi Duhaut, *De la forme*, (Introduction, p. 14-15). « La forme n'était pas arbitraire et sans intelligence ; loin de là, elle est une œuvre consciente, raisonnée, savante... elle s'est élevée à la hauteur d'un art juridique. » Adde, Huc, *Mémoire sur le formalisme, dans l'ancien droit romain*. *Rec. de l'Acad. de légis. de Toulouse*, t. X, p. 21 et suiv.

1. Sur la transformation de la sponsio en stipulatio voir Huvelin, *Stipulatio, stipis et sacramentum*, dans *Studi in onore di Carlo Fada*, t. VI, p. 92 et suiv.

plus avant dans la constitution même des formalités on constate, pour la *fides facta* et ses dérivés, qu'elles s'opèrent primitivement par la remise d'un objet appartenant au promettant. Or, si nous nous rappelons que cet objet symbolisait, ou était supposé contenir, à l'origine, une partie de l'âme de celui qui le donnait (1), il apparaît avec toute l'évidence possible que sa remise faisait la preuve de la bonne foi de celui-ci. La paumée, à son tour, n'a pas eu à l'origine d'autre but, car l'âme d'une personne, sa disposition d'esprit envers une autre se révèle dans l'étreinte de sa main : sa bonne foi apparaît dans l'accomplissement de ce geste (2).

142. — Mais une seconde preuve plus décisive est à envisager. C'est celle qu'on obtient en considérant l'origine du formalisme juridique. Celui-ci apparaît comme une réglementation du droit à la vengeance privée (3), comme une restriction de la justice privée (4), créée dans le but d'éviter les abus, c'est-à-dire dans le but de tenir la partie poursuivante dans les limites de la bonne foi (5), qu'une action

1. V. *ci-dessus*, n° 107, p. 229.

2. Au ^{xiii} siècle le *livre de Justice et de plaids* (Li livres de justice et de plet, éd. Rapette, I, 2, 37, p. 8) dit clairement que : « ... qui voudra fere la paumée, qu'il l'a face, car paumée est sennefiance que l'en revest l'achateor par bonne foi de marchié ».

3. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 406.

4. Al. Valimaresco, *La justice privée en droit moderne*, p. 19-20.

5. Voir la procédure de la perquisition lancé licioque. Chauffour (*Le furtum prohibitum ou per lancem et licium prohibitum*, p. 110, sur la dissertation de M. Vangerow, professeur à Hei-

occulte, choque et froisse en principe. L'affirmation préalable et publique du droit qu'elle veut exercer constituera la preuve de son intention loyale, de sa bonne foi dans l'action qu'elle entreprend à l'encontre du poursuivi.

Cela est si vrai qu'en droit moderne, où ce formalisme revêt l'habit de la procédure judiciaire, la jurisprudence admet des manifestations patentes de la justice privée dans les cas où la bonne foi de la partie agressive, ou la mauvaise foi contre laquelle la justice privée s'exerce, sont prouvées d'une manière irréfutable (1).

En droit anglais la même nécessité de la solennité

delberg, sur le *furtum conceptum*, d'après les XII Tables) explique ainsi cette procédure : « La faculté, reconnue au *suspect*, de ne pas laisser fouiller sa maison sans observer *certaines formalités* avait évidemment un but, et ce but l'auteur le dit fort bien, c'était d'*écarter, de celui qui faisait la visite, tout soupçon de fraude*, c'était d'établir jusqu'à l'évidence que, si la chose se découvrait dans la maison, c'était qu'elle y était avant la visite, et qu'elle n'y avait pas été apportée par le vendeur... Les précautions prises contre le visiteur *ayant pour effet de rendre toute fraude de sa part impossible*, si l'on découvrait l'objet volé dans la maison du suspect, il en résultait une certitude aussi complète de sa culpabilité, que si on l'eut surpris en flagrant délit. »

1. Conf. Valimaresco, *op. cit.*, L. IV, chap. II, Cour de Caen, 20 nov. 1878, S. 80.2.202 et Chambre criminelle, 2 avril 1897, D. 98.1.150; Cour de Bastia, 9 juillet 1902, *La loi*, 3 mars 1903. Le droit de rétention — comme du reste la compensation — ainsi que l'exception non adimpleti contractus sont des institutions basées sur la même idée. La rupture du contrat par volonté unilatérale sans recours aux voies judiciaires a été, de même, admise par la jurisprudence, malgré les termes expres de l'art. 1184, sur la base de la même idée. V. Cassation, 4 janvier 1911 (S. 1911.1.195); Cour de Nancy, 9 juillet 1907, D. 1907.2.360. Req., 1^{er} mai 1889, D. 90.1.470; S. 92.1.372.

pour l'affirmation du droit en justice — solennité qui impose trois sortes de formalités : un secta, une carta sigilata et un duellum — est présentée par Glanville, dans son *Tractatus de légibus et consuetudinibus* (1), comme institué pour permettre et comme permettant seule au demandeur d'invoquer la *bona fides* et de s'en prévaloir en justice (2).

D'autre part, si nous retournons à l'ancien droit romain et si nous prenons en considération la legis actio per sacramentum, qui est justement « une combinaison de la justice privée et de la justice publique » (3), nous constatons que son formalisme a pour but de préciser la bonne foi des parties. En effet la justice privée n'est autorisée à reprendre son cours et à atteindre son but qu'après que l'existence du droit prétendu aura été publiquement constatée. Or cette constatation se fait d'une manière indirecte (4) : elle est subordonnée à la prestation d'un double serment ou pari qui engage la foi des parties d'une manière précise et catégorique. Dans la procédure in iudicio le juge aura à déterminer de qui le sacramentum est justum et de qui il est injustum (5). L'auteur de ce dernier aura commis un par-

1. *Op.cit.*, chap. XII-XIII du livre 10 (1187).

2. V. Lévy-Ullmann, *Cours de droit civil approfondi*, ann. 1925-1926.

3. Cuq, *Manuel*, p. 844.

4. Comp. Duhaut, *De la forme...*, (p. 51). L'auteur observe que « la décision concerne en apparence une toute autre question que celle qui divise les parties et ce n'est qu'indirectement que cette dernière est tranchée ».

5. Girard, *Manuel*, p. 964.

jure qui autorisera l'autre partie, dont la bonne foi est ainsi rendue évidente, à exécuter, à poursuivre la justice privée.

143. — Enfin une dernière preuve nous est fournie par le rouage même du formalisme contractuel. Ce rouage suppose réuni certains éléments, constituant des conditions d'existence de tout lien contractuel. C'est ainsi qu'il suppose l'existence d'un consentement (1), d'un objet et d'une cause, cette dernière s'identifiant en notre matière avec l'élément formel employé (2). Mais l'exigence de ces trois éléments est imposée — comme nous allons le voir (3) — par la notion de bonne foi et pour fonder le lien contractuel sur la discipline de cette idée. Car l'existence de ces trois éléments constate et consacre la présence constitutive de cette idée. Si donc le formalisme les suppose, il ne peut être contraire à l'es-

1. V. Cuq et Girard, *Manuels*, au chapitre portant sur la formation et la validité des contrats (Cuq 388, Girard 432). En ce qui concerne le consentement, on doit remarquer que, si dans le système formaliste le concours des volontés est par lui-même impuissant à donner naissance à un acte juridique, cela ne veut pas dire qu'on peut se passer de lui. Le formalisme ne fait que le vêtir. Car, comme l'a fait très justement remarquer Loubers « ce concours des volontés des parties n'en demeure pas moins la base essentielle et fondamentale des contrats formalistes ». (*op. cit.*, *loc. cit.*, p. 247). V. ci-dessous, n° 145.

2. V. en ce sens Cuq, *Manuel*, 389. Adde, Bonnecase, *Supplément*, t. II, p. 455. M. Bonnecase nous dit que « l'emploi de la formule sacramentelle supplée sinon à l'existence de la volonté, tout au moins à son intégrité et à ses mobiles. Autrement dit, la cause de l'acte juridique s'absorbe dans les solennités requises et il ne peut davantage être question d'erreur sur la substance »

3. V. ci-dessous, n° 151, *in fine*.

sence de l'idée de bonne foi. Bien plus, par sa nature, il ne fait qu'actualiser, matérialiser et préciser (1) deux d'entre ces éléments : le consentement et la cause, de façon que la volonté des parties ne soit point surprise, ni dans son acceptation ou manifestation, ni dans sa compréhension ou intelligence, de l'opération dans laquelle elle s'engage. (2)

1. C'est ce qu'on appelle « les avantages du formalisme ». Voir à ce sujet, Girard, p. 422, Cuq, *Institutions*, I, p. 719 (ch. VIII) : « Le formalisme consiste à subordonner l'expression de la volonté à l'emploi de certains mots consacrés. La loi ne tient aucun compte d'une volonté qui se manifesterait de toute autre manière. Il est parfois difficile de distinguer la conclusion d'un acte des pourparlers qui le précèdent : l'emploi de la formule supprime toute incertitude sur le point de savoir si les parties ont voulu conclure un acte juridique. Le formalisme permet également de reconnaître à première vue le caractère de l'acte qu'on a entendu conclure : chaque acte ayant sa formule spéciale, il n'y a pas de confusion possible entre un acte destiné par exemple à constituer un droit réel de servitude et un acte contenant seulement un engagement personnel. Le formalisme provoque à la réflexion les parties qui vont conclure un acte. » Dans le même sens, voir Loubers, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 247-250 et 260.

2. V. en ce sens la suite de la plaidoirie d'Ithering contre les reproches adressés au formalisme : « La question présente encore une autre face. Y avait-il absolument une déloyauté de la part du Romain à ne pas reconnaître comme obligatoire un acte conclu par lui sans l'observation des formes voulues par la loi ? (par exemple la tradition d'une *res mancipi*, la promesse sans la forme de la stipulation). Involontairement on suppose toujours qu'il a eu l'intention de se lier réellement en droit et que ce n'est que par oubli que la forme nécessaire a été omise. Mais le cas contraire était également possible ; il pouvait se faire que l'omission de la forme eut son fondement dans l'intention de ne pas vouloir se lier juridiquement, et je crois que ce n'est pas être trop hardi d'admettre que ce cas était précisément la règle pour l'époque ancienne et que le contraire était l'exception. Lorsque l'application d'une forme aussi familière aux Romains que la stipulation, la mancipation, était omise dans des cir-

144. — Le formalisme apparaît ainsi comme correspondant à cette notion de bonne foi, qu'il a pour but de vivifier et à la discipline de laquelle il concourt (1). Et c'est ainsi que, malgré sa répugnance ou sa répulsion apparente pour toute affirmation psychologique, pour toute introspection, ou recherche d'intention, conséquemment à cette discipline qu'il représente, il permet *dans son principe* la prise en considération d'une triple erreur, dont la puissance réagit sur la validité du contrat revêtu de ces formules sacramentales, de manière à entraîner sa nullité malgré et contre l'accomplissement de ces formalités. Or, cette prise en considération entraîne nécessairement et conduit à une recherche psychologique des intentions des parties, dans un esprit de bonne foi (2). Mais, à part cette recherche et en

constances qui ne lui opposaient aucun obstacle, il fallait conclure que, dans l'intention unanime des parties, l'acte juridique ne devait avoir aucun effet, qu'il devait rester loisible à l'une ou à l'autre partie de s'en écarter. L'inobservation de la forme exprimait là, tacitement, ce que nous ne pouvons plus dire de nos jours qu'au moyen d'une réserve formelle, c'est-à-dire, que la force obligatoire de la convention resterait suspendue... Se prévaloir du manque de forme n'était pas dans tous les cas une déloyauté, c'était bien souvent faire valoir ce qui avait été sous-entendu dès l'origine. » (p. 176-177 de la traduction de Meulenaere), v. ci-dessus p. 294 note 2.

1. Comp. Dorencourt, p. 367 : « Le droit romain, ce chef-d'œuvre de l'homme, fut, dans ses rudiments, une étroite, irrationnelle, aveugle symbolique basée heureusement sur des idées mères dont la force et la profondeur s'épanouiront à la faveur de l'initiative prétorienne. Adde : Loubers, *op. cit.*, *loc. cit.*, qui oppose le formalisme à la ruse, à la fraude et à la violence. (p. 248 et 253). Comp. *supra*, p. 258, note 3.

2. Comme le faisait remarquer M. Lévy-Ullmann (*Cours de droit civil approfondi*, 1925-1926, sous l'article 15 (l'ancien 17) de

dehors de l'erreur *in personna*, qui, de par sa nature, se rattache à l'idée de bonne foi, les parties étant considérées comme ne se liant qu'en considération

l'Avant-projet fr.-it.) à propos du formalisme anglais où, de même l'erreur, sous sa triple forme indiquée dans le texte, influe sur la perfection du contrat « il est certain que, dans une législation où on proclame à l'envie qu'on ne doit pas chercher les intentions, on devrait dire que l'erreur ne peut pas affecter la validité du contrat. » Mais l'inconséquence n'est qu'apparente, car si le droit anglais évite la recherche des intentions, c'est parce qu'il croit ne pas pouvoir les saisir. Et pour remédier à cette faiblesse, il a cherché à les matérialiser au moyen du formalisme qui apparaît ainsi comme un instrument sorti justement d'une préoccupation correspondant et se rattachant à l'idée de bonne foi. Si donc l'erreur est prise en considération, c'est qu'elle n'est pas contraire à l'esprit de cette technique juridique qu'est le formalisme. Mais, pour que l'inconséquence disparaisse, il faut faire une distinction et dire que, si le droit anglais évite la recherche des intentions, il construit cependant sa technique — comme d'ailleurs n'importe quel autre droit — sur le plan de la bonne foi et que par conséquent toute considération s'y rapportant d'une manière quelconque est de nature à lui convenir.

A cette occasion nous ferons encore remarquer que l'exemple du droit anglais est instructif à un autre point de vue. On a l'habitude de présenter le formalisme romain comme se rattachant à une civilisation primitive qui n'est pas arrivée encore à distinguer l'intention de sa manifestation matérielle. Or nous voyons que, tout au moins, le droit anglais fait très bien cette distinction. Et, s'il accepte la technique formaliste, c'est dans le but bien défini de matérialiser cette intention, de la rendre palpable, conséquemment à sa conception qu'il est difficile de la saisir autrement. C'est dire, que le formalisme correspond lui aussi à une préoccupation psychologique. Il constitue l'instrument capable de saisir et de fixer les intentions. Il suppose donc une connaissance approfondie de la réalité psychologique, car l'instrument de précision qu'il est ne pouvait être construit dans l'ignorance du processus auquel il devait s'appliquer, qu'il devait rendre et en quelque sorte agrandir pour être mieux aperçu. Par conséquent, loin de correspondre à une civilisation ou à une législation primitive, il est le fruit d'une longue expérience et ainsi il se rattache à une civilisation avancée. Nous aurons du reste l'occasion de revenir sur cette question plus loin dans le texte. V. *contra*, Loubers, *op. cit.*

de la personne qui leur inspire confiance, — erreur du reste très rare dans la pratique et qui, d'ailleurs, ne se conçoit pas dans la stipulation —, on doit remarquer que la prise en considération tant de l'error *in corpore* que de celle *in negotio*, ainsi que l'appréciation portant sur l'impossibilité juridique ou physique de l'obligation contractuelle (1), se rapportent à la notion de l'objet de l'obligation et, par là, à la notion de la cause (2).

Or ces deux notions — comme nous l'avons déjà dit ci-dessus — correspondent, d'une manière évidente, à la préoccupation d'établir le lien contractuel conformément à l'idée de bonne foi (3).

La confirmation nous en est fournie par l'étude

1. Cug. *Manuel*, p. 389-390 ; Girard, *Manuel*, p. 433.

2. En ce qui concerne la distinction des deux notions : d'objet et de cause, conf., Lévy-Ullmann, *Cours*, sous les articles, 23-29 (anciens 24-30) de l'avant-projet fr.-it. M. Lévy-Ullmann, renvoyant au Traité de M. Demogue, apprécie que la jurisprudence qui ne fait pas de grande différence entre l'objet et la cause — se plaçant en cela en face des faits et non pas des théories — se trouve « dans la véritable voie du bon sens et de la raison ». M. Demogue de son côté (*Traité des obligations*, t. II, n° 744) après avoir cité Beudant, qui reconnaît lui aussi que la cause se confond presque toujours avec l'objet ou le consentement, nous dit que la cause n'est que « l'objet d'une obligation vu en se plaçant au point de vue du co-contractant, et non de l'obligé ». Et il conclut que « la théorie de la cause, sauf dans quelques cas, n'est qu'une façon d'envisager celle de l'objet ».

3. C'est ainsi que, à propos de la pénétration de la théorie des quasi-contrats dans le formalisme anglais, sur la base de la théorie de l'enrichissement sans cause juste ou légitime, — théorie qui est à son tour une conséquence de celle de la cause — M. Lévy-Ullmann nous dit que cette pénétration a été possible parce que : « dans toute législation formaliste, la conscience répugne à sanctionner des résultats juridiques contraires à la bonne foi et à l'équité (*Cours*, leçon du 22 avril 1926).

des travaux préparatoires du Code civil concernant l'alinéa 3 de l'article 1134, étude qui nous mettra, du même coup, en état de nous rendre compte du rôle de ces deux créations de l'idée de bonne foi : celle du formalisme et celle de l'investigation intentionnelle judiciaire (1). Car il est temps — puisqu'on doit quand même constater une différence, tout au moins chronologique, entre les deux techniques envisagées —, de nous demander à quoi répond ce formalisme contractuel, qu'est-ce qu'il représente, en quoi il diffère et pourquoi se distingue-t-il du mouvement qui — tout en s'inspirant d'une même discipline que lui, — lui fut contraire, au point de lui contester toute préoccupation se rattachant à l'idée de bonne foi et d'accaparer cette notion d'une façon exclusive et de principe ?

Mais avant de chercher une réponse à ces questions et avant de passer à l'étude de l'article 1134 — spécialement de son troisième alinéa — il nous faut ouvrir une parenthèse, pour fixer tout d'abord certaines idées générales relatives à la technique juridique contractuelle, de façon à envisager le problème dans toute l'intégralité nécessaire à une compréhension d'ensemble.

1. Nous ne disons pas la *technique interprétative*, parce que d'un côté — comme nous l'avons montré dans la note 2, p. 309 — la technique du formalisme suppose elle aussi — tout au moins dans sa constitution — une interprétation juridique et d'un autre côté, l'interprétation n'est pas nécessairement substantielle : elle est souvent formelle. V. Gagnier, *De l'interpr. des actes juridiques*.

§ 4. — LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ
ET LE FORMALISME

145. — Un principe général et organique domine la conception de la manifestation contractuelle de la volonté et traverse la vie de tout lien conventionnel : *c'est celui du consentement* (1). Pour qu'un pacte soit possible il faut de toute nécessité qu'un consentement se soit produit entre deux ou plusieurs parties et cela indépendamment du caractère naturel ou civil du lien conventionnel, ou de la nature formaliste (2) ou proprement et simplement consensualiste du contrat civilement obligatoire. Que ce dernier soit enchâssé ou non dans les formes d'un contrat solennel, que la solennité soit mitigée et réduite à la *res prestita* (3), il faut auparavant que les parties se soient mises d'accord, qu'elles soient en communauté de sentiments : *cum sentire* (4), autrement dit qu'il y ait eu un consentement ou un accord réciproque de leurs volontés : *duorum plurimumve in idem placitum consensus* (5). Cela revient à dire qu'on ne peut lier contractuellement une vo-

1. V. ci-dessus, n° 143, p. 307.

2. *Ibid.*, note 1, p. 307. Conf. Loubers, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 257 : « Le formalisme, avons-nous dit, le formalisme romain, ne supprime, ni ne remplace la volonté ou le consentement des parties ; il le pressuppose, en ce sens que lorsque le consentement a été extérieurement manifesté conformément aux règles traditionnelles, il est irrévocablement réputé agissant et nul ne peut en contester utilement l'efficacité ou la sincérité. »

3. Girard, *Manuel*, p. 494.

4. Cuq, *Manuel*, p. 351.

5. Girard, *Manuel*, p. 447.

lonté et la soumettre aux conséquences nécessaires de ce lien que de par son consentement, ou, inversement, qu'on ne peut arbitrairement obliger une personne contractuellement. La volonté est libre, elle est autonome : de là, la théorie de l'autonomie de la volonté (1). C'est ce que confirme M. Renard, quand il affirme que « l'autonomie de la volonté individuelle, c'est la liberté » (2).

Cette liberté, qui « domine tout le droit public et privé », paraît au premier abord contraire et étrangère à l'idée de la forme, qui la restreint et la serre étroitement. Et cependant il est surprenant de constater en droit romain, avec Ihéring, le parallélisme d'évolution et la dépendance mutuelle et réciproque de ces deux idées fondamentales du droit romain : la forme et la liberté (3). L'explication ? Elle est don-

1. Bien que cette théorie ne fut connue, sous ce nom, que plus tard, au xvii^e siècle, il n'en est pas moins vrai que son fondement trouve ses sources dans le droit romain et qu'elle imposait ses solutions, même sous l'aspect du droit formaliste contre lequel elle a été plus tard baptisée et dirigée. Comme le fait très bien remarquer Ihéring « toute époque est une énigme que la postérité seule a le pouvoir de résoudre » et les principes existent longtemps avant qu'ils soient connus ou exprimés.

2. Georges Renard, *Le droit, la justice et la volonté*, X^e conférence : *La volonté, la liberté et la souveraineté*, p. 254.

3. « Le plus complet épanouissement de l'ère de la liberté, marque aussi le règne de la plus pénible rigueur dans la forme. La forme s'est relâchée de sa sévérité en même temps que sombrait insensiblement la liberté, et sous les ruines de celle-ci ; lorsque, sous la pression continue du régime césarien, elle s'écroula toute entière à jamais, on vit disparaître aussi les formes et les formules du droit ancien. C'est déjà un fait qui doit nous rendre attentifs de voir la forme disparaître précisément à l'époque où le bon plaisir souverain s'était mis sur le trône, s'affirmant ouvertement et sans voiles, comme principe

née par Ihéring d'une manière si éclatante que nous ne ferons que la reproduire : « Ennemie jurée de l'arbitraire, nous dit-il, la forme est la sœur jumelle de la liberté. La forme est en effet le frein qui arrête les tentatives de ceux que la liberté entraîne vers la licence : elle dirige la liberté, elle la contient, elle la protège. Les formes fixes sont l'école de la discipline et de l'ordre et par conséquent de la liberté ; elles sont un boulevard contre les attaques extérieures : elles savent rompre, plier jamais. Le peuple qui professe le vrai culte de la liberté, comprend d'instinct la valeur de la forme, il sent qu'elle n'est pas un joug extérieur, mais le palladium de sa liberté (1). »

suprême du droit public. Mais bien mieux encore, l'époque des empereurs byzantins, l'oraison funèbre dont ils accompagnèrent la disparition de la forme, l'aversion et le mépris qu'ils lui témoignèrent, nous feront toucher du doigt le rapport qui existe entre la liberté et la forme. (Ihéring, *L'Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, p. 156, n° 50).

1. Ihéring, trad. Meulenaere, p. 157. Il ne faudrait pas croire que ce parallélisme convient plutôt au droit public. Comp. J. Kalindero *Droit prétorien et réponse des prudents*, 1885, p. 48 : « Personne mieux que Cicéron (*Pro Murena* 11, 12 et 13) n'a sapé avec une mordante logique le système des anciennes formules du droit romain. Mais comment expliquer, en lisant les véhémentes protestations contenues dans le *Pro Murena*, que le même Cicéron se soit fait plus tard l'apologiste si ardent de la loi de XII Tables, et des formules qu'elle consacrait ? Ce revirement s'explique évidemment par les révolutions politiques qui jetèrent Cicéron dans le camp des ennemis de César et de la dictature. Tant que l'illustre orateur crut à la possibilité de maintenir la République avec les institutions qui, pendant tant de siècles, avaient fait sa force, il ne fit jamais difficulté d'encourager les changements législatifs imposés par une civilisation nouvelle, ou commandées par l'équité. Mais lorsque l'extension

Il en résulte que le formalisme, loin de contrevenir au principe de l'autonomie de la volonté, le protège et le garantit (1). Et le « rapport caché qui enchaîne étroitement » ces deux idées (2) réside justement dans l'idée de bonne foi (3).

§ 5. — FORMALISME ET STYLISATION ;
CARACTÈRE ARISTOCRATIQUE DU FORMALISME.

146. — Ainsi le formalisme nous apparaît non plus comme un « phénomène purement extérieur » (4) tenant à une période d'expressivité matérielle (5), mais comme « un objet dont l'importance interne est considérable » (6), qui se rattache à l'essence même du droit et qui constitue une œuvre d'abstraction et de synthèse, — fruit d'une expérience juri-

même de la République fut en cause et qu'on vit la plèbe, lasse de lutter sans succès contre le *parti aristocratique*, demander l'égalité politique et sociale à un maître qui maintint toutes les classes sous le même niveau de dépendance, Cicéron se prononça énergiquement pour ce *parti aristocratique* qui eût pu seul, suivant lui, sauver la République. C'est alors qu'il changea de langage et d'attitude et que, pour prévenir la désorganisation de l'ancienne société romaine, il employa toute son éloquence à défendre les vieilles institutions aristocratiques. La loi des Douze Tables qu'il avait autrefois sacrifiée, lui apparut comme un monument de haute sagesse ».

1. C'est ainsi que M. Planiol voit dans les formalités des contrats solennels de l'antiquité romaine ou germanique « un symbolisme destiné à révéler l'existence du consentement ». (Pl. 334, II, 994). Conf. Bartin, *Cours*, 1925-1926.

2. Ihéring, *op. cit.*, p. 156.

3. V. ci-dessus p. 207 (n° 97 *in fine*).

4. Ihéring, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 158.

5. Cuq, *Institutions*, I, p. 720.

6. Voir note 4 ci-dessus.

dique éprouvée (1), — une œuvre de style (2). Car un point est certain et définitivement acquis : devant le formalisme contractuel du droit anglais et devant le rappel moderne au formalisme, on ne peut plus l'attribuer — comme on avait l'habitude de le faire — à un état primitif « d'une population de pauvres agriculteurs » (3). Tout au plus peut-on le faire dépendre d'un état de stabilité sociale et économique. Mais au fond il apparaît comme l'œuvre ou le résultat d'une longue expérience juridique et, par conséquent, comme correspondant à un état de

1. Comp. Ihéring, *L'esprit*, p. 164 : « Le philosophe de profession qui ignore les intérêts techniques propres et les nécessités du droit, ne peut voir dans le formalisme que la victoire du matérialisme en droit et le bouleversement du rapport naturel entre la forme et le contenu des choses. Adonné à l'étude de l'essence même des choses, il doit blâmer un système qui ne lui présente qu'une exagération de la forme sèche et nue, il doit repousser ce culte méticuleux du signe extérieur, en lui-même sans valeur et sans importance, il doit prendre en pitié l'insuffisance, la misère de l'esprit qui anime tout le formalisme et qui s'y étale. Il faut bien l'avouer, l'ignorant ne peut s'intéresser en rien à cette partie de notre technique juridique. Il s'agit cependant d'un phénomène, qui précisément parce qu'il est fondé sur l'essence la plus intime du droit, se répète et se répètera toujours dans le droit de tous les peuples ».

2. Comp. Esmein, *Revue trimestrielle du droit civil*, t. I, p. 6 : « Toutes les fois que les hommes d'une même race, d'une même époque, d'une même éducation, se livrent à un même travail d'une façon durable, qu'ils agissent par groupes ou isolément, il arrive qu'en fin de compte, in the long run, comme disent les Anglais, leurs efforts dispersés produisent des résultats concordants et homogènes. C'est ainsi que toute période historique suffisamment tranchée arrive à avoir son style, non seulement dans la littérature et les beaux arts, mais encore dans le mobilier et le costume. »

3. Cuq, *Manuel*, p. 6 ; Comp. Girard, p. 424.

haute civilisation (1), de civilisation avancée (2).

En effet le formalisme correspond par son essence même à une double stylisation : celles des expressions (3), et celles des éléments constitutifs essen-

1. La preuve, c'est que le formalisme suppose aussi une connaissance très avancée de la procédure juridique par les individus. Car il punit automatiquement l'ignorance, l'inattention, la maladresse et la légèreté. Ihéring l'avait déjà remarqué : «... malheur à l'imprudent qui ne sait pas le manier et qui s'en approche de trop près : il est broyé dans ses rouages de fer...». Le droit n'agit point par lui-même : il attend que celui qui y fait appel le mette en mouvement et celui-là, pour atteindre son but doit posséder la force et l'adresse nécessaires — il doit lui-même coopérer au travail » (Ihéring, I, p. 82).

2. L'origine du formalisme romain doit être recherchée dans le droit égyptien. Voir à ce sujet Eugène Revillout : *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, surtout p. 4 : « La parité que nous constatons chez les deux peuples pour l'état des personnes, modifié par des solennités publiques tant pour le mariage que pour l'adoption, nous la constatons : 1^o pour les obligations contractées, dans les deux droits, par serment (sanch ou sponsio) ; 2^o pour les actions et tout spécialement pour l'actio sacramenti et même pour la pignoris capio dont l'origine pharaonique est moins certaine... ». Pour plus de précision voir les notes 9 p. 63 et 10 p. 64. V. aussi p. 41 : « Au droit égyptien se rattachait également, dans les XII tables, tout le droit des obligations avec leurs garanties, et en grande partie au moins celui des actions. » (V. aussi p. 12, 15, 37 et 38). Au contraire « tout le droit commercial, tout le droit des obligations de l'époque classique est venu de Chaldée (p. VI et 61 note 2 ; p. 46). Voir du même auteur : *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité* et *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*. Sur la présence dans la loi des XII Tables de prescriptions correspondant à divers états de civilisation. v. Lambert, *Le problème de l'origine des XII Tables*.

3. Comp. Duhaut, *De la forme...* Deuxième partie, *Etude de la forme en elle-même* pag. 56 : « On peut dire de la forme considérée au point de vue du mot qu'elle est une création juridique consciente et calculée, une langue profondément méditée. » V. aussi p. 84. Adde Cuq, *Inst.* T. 1 pag. 721 : « La place assez restreinte qu'occupent en droit romain les symboles et les gestes, la prépondérance incontestable de l'élément verbal au temps des

tiels d'un rapport obligatoire. (1). Et, de même qu'en matière d'art la stylisation ne peut se réaliser qu'à des époques de vieille civilisation qui ont une connaissance approfondie de la chose stylisée, fournie par une analyse longue et soutenue, de même le formalisme ne peut correspondre qu'à un état d'aristocratie juridique (2).

Mais, si le formalisme correspond à un état de civilisation avancée (3), cela ne veut pas dire qu'il

XII tables, prouve que la civilisation romaine avait à cette époque atteint un certain développement. L'usage à peu près exclusif des formules verbales suppose une certaine force d'abstraction, puisqu'elles servent, à provoquer dans l'esprit de l'auditeur, une pensée semblable à celle qui se produit dans l'esprit de celui qui parle. Il implique en même temps que la langue soit assez riche pour fournir les mots nécessaires à traduire exactement chaque pensée.»

1. C'est ce qu'on a dénommé « la loi de l'économie des formes ». V. en ce sens. Dubaut : *De la forme...* 2^e partie, ch. 1, pag. 66 : « Les romains des premiers temps ont excellé dans cet art ; ils ont connu l'économie de la forme, ainsi que nous le prouvera l'étude des cas d'application du nexum et du sacramentum dans la 1^{re} de ses formes, la vindictio. Ces deux formes primitives ont suffi pour ainsi dire à elles seules à l'activité juridique des Romains et nous les trouvons appliquées soit dans le droit de famille, soit dans le droit de propriété, soit dans le droit des obligations. » Et plus loin, pag. 80 : « On peut conclure, de l'aperçu qui précède, que le nombre des formes à Rome était fort restreint. La forme n'existe que dans la mesure où son secours est rigoureusement nécessaire pour le droit ; elle s'arrête quand elle pourrait devenir une gêne pour lui. La mancipation, l'in jure cessio et la stipulatio, telles sont les trois formes principales à l'aide desquelles on peut conclure tous les actes qui peuvent se présenter dans la vie d'un peuple. »

2. Dans l'ancien droit romain, comme au début du moyen-âge, ou dans le droit anglais féodal, les contrats solennels, les contrats formels sont l'apanage des classes nobles.

3. A côté du formalisme contractuel il y a un formalisme de l'élaboration du droit, un formalisme législatif, dont la codification

le crée. Comme le remarque M. Planiol: « les relations compliquées qui naissent d'une civilisation avancée multiplient les chances de fraudes et d'erreurs auxquelles sont exposées les parties dans les contrats dénués de forme. » (1)

constitue la manifestation la plus éclatante. Pour ce qui est du code Napoléon, l'esprit de ce formalisme constitutif se dévoile dès son premier article portant sur l'application des lois. En vertu de l'alinéa 2 de cet article, les lois deviennent exécutoires « du moment où la promulgation en pourra être connue ». Et cette promulgation est « réputée connue », d'après un calcul mathématique et géographique —, que l'alinéa 3 du même article détermine, — calcul qui ne tient pas compte de la connaissance effective. Par conséquent les dispositions de cet article se rattachent à la conception du formalisme juridique. A son sujet M. Leroy, (*L'esprit de la législation napoléonienne*, p. 72) nous dit qu'il est intéressant de noter son fond « abstrait et aristocratique... résumant en lui seul la caractéristique essentielle de l'œuvre impériale. » V. aussi *ci-dessous* pag. 321 note 2.

1. M. Planiol commence par constater que « l'acte consensuel a vraisemblablement atteint de nos jours son apogée ». Suit le passage cité dans le texte, après lequel il continue ainsi: « De là des précautions de plus en plus nombreuses, la création d'officiers spéciaux destinés à dresser, à constater ou à conserver des actes ; notaires, greffiers, officiers de l'état civil, conservateurs des hypothèques, employés de l'enregistrement, etc... *L'excès de culture produit ainsi* des effets analogues à ceux de la simplicité et de l'ignorance des peuples antiques, et la solennité des actes juridiques reparait de toutes parts, avec des formes nouvelles, sous les noms d'authenticité, d'enregistrement, de transcription etc... Ce n'est pas du symbolisme, c'est de la défiance. » (Planiol III, I, 286). Tout en constatant ainsi la correspondance du formalisme moderne avec une époque de haute culture, M. Planiol commet l'erreur de l'attribuer, pour l'antiquité, à la simplicité et à l'ignorance des peuples qui l'ont employé, convaincu qu'il est que « le droit a commencé partout par être formaliste ». Dans le même sens, Dereux (*Interprétation des actes*, pag. 60) nous dit qu'« il faut en pleine période de civilisation revenir dans une certaine mesure au formalisme des législations primitives ». C'est ne pas se rendre compte que le formalisme est toujours le produit d'une civilisation. V. en ce sens Warnotte, *Les origines*,

Le formalisme y remédie en protégeant la manifestation de volonté, mais, par son organisation interne, il répond à l'idéal d'une organisation législative automatique (1), symbolisée par *le législateur-*

sociologiques de l'obligation contractuelle, pag. 67 § 15 : « ... les juristes ne sont pas accoutumés à remonter au delà du formalisme, dans lequel ils ne voient d'ailleurs que des garanties rendues nécessaires par la pauvreté des moyens de preuve ou par la gravité des actes... parce que le formalisme apparaît à bien des esprits comme une explication suffisante, en rappelant une époque où le droit se confondait avec la religion ou n'était pas encore dégagé de la magie, et l'on ne voit pas bien comment on remonterait plus haut. »

2. Voir en ce sens Marcel Mornet : *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, p. 7 : « L'esprit pourrait concevoir une société idéale, où d'innombrables lois, issues d'un législateur auquel nous attribuerons une perfection quasi-divine, régleraient l'ensemble de la vie sociale avec une telle minutie, avec une telle exactitude, qu'elles s'appliqueraient pour ainsi dire automatiquement. Il suffirait pour le fonctionnement de l'organisme social, que le pouvoir exécutif instituât des agents pour veiller à l'application de la loi. Un litige ne saurait naître puisque par définition il n'existerait ni lacune, ni doutes. » Comp. l'analyse qu'lhering fait du formalisme : « Tout ce qui surgit dans ce système est robuste, comme les Romains de ce temps l'étaient eux-mêmes ; point de demi-mesure, rien d'indéterminé, de composé, ou de transitoire, rien de doux, ni de tendre ; tout était entier ou n'était point ; reconnaissable jusqu'à rendre l'erreur impossible, simple et déduit d'une seule idée, mais celle-ci poussée avec une logique inexorable et cruelle. Le droit fait l'impression d'une machine grandiose par le seul ascendant de son ingénieuse simplicité. Il agit précisément à cause de sa simplicité, avec une sûreté et, une uniformité extrêmes » (*Esprit de droit romain*, I, p. 82). Comp. ci-dessus, p. 319 note 3, ce que nous avons dit de la codification et spécialement de celle napoléonienne. Cette œuvre fut du reste le résultat d'un état d'esprit — celui du XVIII^e siècle — dont Ch. Adam (*La philosophie en France*, p. 55) esquisse en ces termes le caractère : « Il rêve la fixité ; la perfectibilité même ne lui suffit pas ; il veut la perfection. » Et, pour mieux saisir la signification juridique de cet état d'esprit, ainsi que pour illustrer nos affirmations par des exemples, nous citerons quelques passages du livre de M. Sauzay : *Essai sur les procédés d'élaboration du droit*, p. 8 :

juge. Par là il correspond à une époque où le commerce juridique est stable.

147. — Au contraire, l'investigation intentionnelle, d'essence démocratique (1), se rattache à une époque de civilisation en cours de développement (2), d'instabilité commerciale, qui implique un idéal d'organisation législative faite de collaboration hiérarchisée (3), idéal incorporé dans le *juge-législateur* (4).

« Au lieu de rechercher simplement ce qui pouvait convenir à leurs contemporains dans l'état actuel de leurs mœurs et de leurs idées, les diverses assemblées révolutionnaires eurent la prétention de marquer toutes leurs lois au coin de la vérité la plus absolue. L'existence possible d'une législation complète, suffisant à tout, ne faisait dans leur pensée l'objet d'aucun doute. Au législateur seul appartenait donc le pouvoir, non seulement de faire la loi, mais encore de l'interpréter dans tous les cas (Décret des 16-24 août 1790, art. 10 et 12). De l'examen des travaux préparatoires et de la discussion de ce décret il semble bien résulter que l'on voulait limiter autant que possible l'interprétation judiciaire. Cette idée se manifeste clairement, dans l'institution du référé législatif, tantôt obligatoire, tantôt facultatif et la création d'un tribunal de Cassation, en quelque sorte partie intégrante du pouvoir législatif et chargé à ce titre de veiller à la stricte application de la loi. (« Il y aura un tribunal de Cassation établi auprès du corps législatif », art. 1^{er} du décret).

1. Comp. le caractère démocratique du Code civil suisse, Conf. V. Rossel et F. H. Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, t. I, Introduction, § 2, La codification du droit civil suisse, p. 48 et suiv.

2. Comp. Ihering (t. I, p. 35) : « Moins une époque est avancée moins elle est apte à abstraire et à formuler. »

3. Comp. William Oualid, *Cours de législation industrielle* année 1926-1927.

4. Comp. Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1^{re} partie, L. I, ch. II. Adde : Ed. Lambert, *Le gouvernement et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, et Cornil, *Le droit privé*, chap. II et III.

Mais les deux techniques juridiques tendent à assurer un même état : celui de la *sécurité dans les relations* et les tractations du commerce juridique. Il suit que les deux principes, de la *stabilité* et de l'*équité dans les conventions*, qu'on a l'habitude de présenter comme en perpétuel conflit, ne sont que les deux faces d'une même idée, celle de la *sécurité*, envisagée sous son double aspect statistique et dynamique (1), et que seule la discipline de la bonne foi peut satisfaire (2). Seulement cette discipline, se réalisant à des époques différentes de l'évolution sociale, revêtit des aspects divers, modelés sur les exigences particulières de chacune d'elles et présentant les caractéristiques intellectuelles qui leur correspondaient par rapport au moment où point du devenir du lien obligatoire qui retenait l'attention et l'application de la discipline juridique. C'est ce qui fit que plusieurs techniques distinctes et en apparences opposées en résultèrent.

L'étude de l'article 1134 va nous permettre de ressaisir et de reconstituer, sous cette diversité, l'unité du principe qui les anime et les inspire (3).

1. Comp. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, p. 81 et suiv. Adde : Gorphe, *op. cit.*, p. 36.

2. C'est ainsi que s'explique aussi l'évolution de l'*Equity* en droit anglais. V. H. Lévy-Ullmann, *Le système juridique de l'Angleterre*. I. *Le système traditionnel*. Paris, 1928, III^e partie, chap. 4 : *La transformation de l'Equity*, p. 516-564.

3. Relativement à la genèse de l'article 1134, comp. Collinet, *Cours de Pandectes*, 1924-25, p. 19-22.

SECTION II

L'article 1134 du Code civil.

§ 1. Analyse des alinéas de l'article 1134. — § 2. Etude des travaux préparatoires et la conception de Domot. — § 3. Sens et portée des alinéas de l'article 1134.

§ 1. — ANALYSE DES ALINÉAS DE L'ARTICLE 1134 DU CODE CIVIL. *

148. — L'article 1134, placé dans le livre III du code, sous le titre III, au chapitre III qui traite de l' « effet des obligations », est ainsi conçu :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Les trois alinéas de cet article qui, d'après la rubrique sous laquelle il est inscrit, visent, dans leur ensemble, le moment de *l'effet* du rapport obligatoire, se réfèrent chacun et font allusion à trois autres moments du développement de ce rapport, à savoir : le premier à sa *formation* et à l'effet constitutionnel de cette formation ; le second à sa *révocation* et le troisième à son *exécution*.

Envisagés à un point de vue général et historique, le premier paraît établir le principe de l'observation des simples conventions. Il voudrait proclamer et traduire la victoire de la règle *ex nudo pactio*

actio oritur (1) ; il montre la puissance des simples conventions : elles forment et servent de règle de droit pour les parties. Le second n'en est que le corollaire et proclame la règle : *pacta sunt servanda* (2), synonyme, en quelque sorte, de la première. Quant au troisième alinéa, il a été interprété comme un avertissement, donné par le législateur de l'an XII, qu'il entend rejeter ou abolir la distinction romaine entre actions ou contrats de droit strict et actions ou contrats de bonne foi (3), qu'il entend établir que toutes les actions et conventions, en droit français, sont de bonne foi, c'est-à-dire que le concours des volontés est la source expresse ou tacite de toutes les conventions, de tous les contrats et qu'en conséquence il n'existe plus de contrats formels (4).

Au point de vue des principes qui s'en dégagent, ils concourent tous à affirmer la toute puissance du consentement. Cependant le premier, par l'expression de : *conventions légalement formées*, laisse la

1. Sur l'origine de la formule de ce 1^{er} alinéa v. François Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, p. 258.

2. L'esprit d' « immobile honnêteté », qui caractérise et inspire cette règle, et qui exige le respect *littéral* des obligations, rappelle des souvenirs se rattachant au formalisme contractuel. On vérifie une fois de plus la véritable signification de cette conception.

3. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, p. 407, n° 461 ; Toullier, *Le droit civ. français*, n° 336 ; Demante, *Code civil*, t. V, n° 50, p. 64 ; Baudry-Lacantinerie et Binet, *Droit civil*, t. II, n° 137, pag. 59 ; Laurent, *Principes*, t. XVI, n° 181.

4. V. ci-dessus n° 137, p. 297.

porte ouverte aussi bien à la théorie dite consensualiste qu'à celle formaliste.

Mais, même avec cette restriction qui, au fond — comme nous l'avons vu — n'en est pas une, si l'on se tient à l'esprit qui se dégage tant de leur place que de leur rédaction, les deux premiers alinéas consacrent la discipline de la bonne foi, en tant qu'elle défend de se soustraire à la loi du contrat pour des prétextes étrangers à son essence, autrement dit en tant qu'elle impose la fidélité aux engagements. Cette discipline s'applique du reste aussi bien à la conception des contrats proprement consensuels, qu'à celle de contrats formalistes ou solennels. Bien plus, elle porte en elle des vestiges de la conception de droit strict, de la conception formaliste. Et c'est précisément pour les éloigner, pour écarter la vision obsédante de cette conception que le troisième alinéa décide que les conventions devront être *exécutées de bonne foi*, c'est-à-dire conformément à l'esprit qui se dégage de l'intention des parties.

Il y a entre les deux premiers alinéas et le 3^e une sourde opposition. Ce dernier ébauche une protestation contre la formule rigoureuse des deux autres, protestation qui éclate ouvertement dans l'article 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » (1). Et s'il pouvait

1. L'opposition de conception entre les alinéas de l'article 1134, et par conséquent entre celui-ci et l'article 1135, n'est

y avoir des doutes sur cette interprétation du dernier alinéa de l'article 1134, l'étude des travaux préparatoires du Code civil est de nature à les dissiper.

§ 2. — ETUDE DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES
ET LA CONCEPTION DE DOMAT.

149. — Dès le premier projet de Cambacérès, on distingue nettement la réaction contre le forma-

pas une illusion : elle trouve son expression palpable dans la jurisprudence. A ce sujet v. Dereux, *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, Revue critique, p. . L'auteur synthétise ainsi le désarroi de la jurisprudence : « Mais voici près de nous un Recueil de Dalloz ; nous y jetons les yeux ; que de décisions relatives à la validité et à l'interprétation des contrats, ou aux pouvoirs du juge en cette matière ! Et aussi, avouons-le, que d'arbitraires dans bon nombre de ces décisions ! Ici les magistrats se sont attachés très strictement aux termes de la convention ; là ils se sont donné libre carrière pour deviner l'intention secrète des parties ; ailleurs, sous prétexte d'interpréter, ils ont corrigé. Tout cela ne viendrait-il pas, dans une certaine mesure, de ce qu'on n'a pas une notion assez nette du contrat et de l'importance respective des éléments qui concourent à lui donner sa force obligatoire : volonté individuelle, bonne foi, équité, intérêt social ? Oui ! il est au moins possible *a priori* que l'incertitude de la jurisprudence en cette matière résulte pour une certaine part du vague de la doctrine ». Comp. civ. c. 14 déc. 1886. D. P. 1887.1.352 ; Civ. c. 26 déc. 1888. D. P. 1889.1.168 ; civ. c. 17 juin 1896. D. P. 1899.1.159 ; civ. c. 19 mars 1913. D. P. 1916.1.238. Ces arrêts établissent que l'article 1134, en déclarant que les conventions « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », concerne le juge aussi bien que les parties intéressées ; le juge est donc lié par les conventions, comme il l'est par la loi elle-même et il ne peut pas les modifier au nom de l'équité. Voyez cependant Rej., 19 juillet 1827, Dalloz au mot « propriété », n° 167, 5° et Rejet, 27 juin 1834, Dalloz, au mot « obligation », n° 665, 1°. Dans ces arrêts, la jurisprudence interprète le dernier alinéa de l'article 1134 comme permettant au juge de modifier la convention quand l'exécution littérale en devient impossible, par suite des circonstances.

lisme contractuel. Ainsi l'article 14 de ce projet était ainsi conçu : « Le contrat vicieux à raison *de la matière*, est celui dans lequel il se trouve des causes contraires à *l'honnêteté publique* et à l'ordre social. Ces causes sont : 1^o la promesse d'une chose illicite ; 2^o le défaut de liberté ; 3^o l'erreur ; 4^o le dol (1). » Or la matière d'un contrat est justement l'opposé de sa forme.

Dans le deuxième projet cet article devint l'article 148, qui s'exprimait comme il suit : « Les conventions sont susceptibles de toutes les dispositions que la loi ne prohibe pas. Celles qui blessent *l'honnêteté publique* et l'ordre social sont nulles (2). » Cette formule fut conservée par le 3^e projet, dans son article 714 (3).

Dans son rapport fait, au nom du Comité de législation, à la Convention Nationale (4) sur le 2^e projet du Code civil, Cambacérès, après avoir affirmé que le droit de contracter n'est que « la faculté de choisir les moyens de son bonheur », déclare qu'il serait superflu de présenter l'analyse des règles qu'on a cru « devoir recueillir » et dont « la 1^{re} de toutes, la plus inviolable, est celle qui ordonne *de respecter le contrat* aussitôt qu'il est *l'effet d'une volonté libre et éclairée* ». En conséquence, s'il est permis de chercher son intérêt, « il ne l'est pas de fouler au pied *le fondement de tous les engagements, la bonne*

1. Fenet, t. I, p. 66.

2. Fenet, t. I, p. 124.

3. Fenet, t. I, p. 278.

4. Séance du 23 Fructidor an 2 (9 septembre 1794).

foi ». « Et, ajoute-t-il, le peuple français ne doit et ne veut connaître d'autres intérêts ni d'autres moyens de la conserver que la franchise, la droiture, la fidélité à tenir ses engagements » (1).

Il résulte de ces citations qu'en ce qui concerne l'interprétation et l'exécution contractuelle, la notion d'*honnêteté publique* est celle autour de laquelle on affirme la conception qui correspond à celle des contrats romains de bonne foi. Quant à la notion même de bonne foi, elle n'est pas encore consacrée — en cette matière — par les textes des différents projets, et, dans la conception du rapport de Cambacères, elle désigne plutôt la franchise dans les tractations et la fidélité à tenir ses engagements (2), qu'une méthode de libre interprétation, d'interprétation spiritualiste du lien obligatoire ; cependant l'idée y est.

150. — Telle qu'elle se présente, la conception de Cambacères ne fait du reste que reproduire celle de Domat. C'est lui qui en est l'inspirateur et c'est dans son œuvre qu'ont été puisées — au point de vue idéologique — ces règles qu'on a « cru devoir recueillir ». En effet, Domat, dans le chapitre IV de son *Traité des Loix*, étudiant « quelques règles générales... qui

1. F. Fenet, *op. cit.*, t. I, p. 107.

2. C'est dans ce sens que Cambacères proclame, après avoir affirmé le fondement de tous les engagements dans la bonne foi « Laissons aux perfides Carthaginois, la honte de l'antique proverbe de la foi punique, qui a fléchi plus d'une moderne Carthage. »

sont autant de principes des *Loix civiles* » pose, comme cinquième règle, celle de la « *sincérité et bonne foi* dans les engagements volontaires et mutuels ». Il développe et présente cette règle dans ces termes : « Quand, dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la *sincérité pour se faire entendre réciproquement* à quoi ils s'engagent, la *fidélité pour l'exécuter* et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés (1). » Mais Domat était allé plus loin. Quand, dans le chapitre XI, il traita *de la nature et de l'esprit des lois et de leur différentes espèces* et distingua deux sortes de Loix, les Loix immuables et les Loix arbitraires, donnant un exemple des premières, il constatait : « ainsi les lois qui ordonnent la *bonne foi*, la *fidélité*, la *sincérité*, et qui défendent le dol, la fraude et toute surprise, sont des lois dont il ne peut y avoir ni de dispense, ni d'exception » (2). Et, dans cette même direction, faisant dans le chapitre XII certaines « réflexions sur quelques remarques du chapitre précédent, pour le fondement de diverses règles, de l'usage et de l'interprétation des lois », et distinguant « les règles générales et communes à toute matière » de celles communes à plusieurs matières et de celles propres à une seule,

1. Domat, *Traité des Loix*, chap. IV, § 5, Comp. la 7^e règle : *Tout dol illicite en toute sorte d'engagements*. « Qu'en toute sorte d'engagements, soit volontaire ou involontaire il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute autre manière de nuire et de faire tort. »

2. *Ibid.*, chap. XI, § 1 et 21, pag. XVII-XVIII.

il proclamait : « Ainsi quelques-unes sont communes à toutes sortes de matières, comme celles qui *ordonnent la bonne foi* et qui défendent le dol de la fraude (1). »

C'est donc en conformité avec cette conception large et générale que le titre II du livre II du projet de la commission du gouvernement, présenté le 24 thermidor an VIII (2), prévoyait, dans le troisième alinéa de son article 32 (correspondant à l'article 1134 actuel), que les conventions « doivent être *contractées et exécutées* de bonne foi » (3).

1. *Ibid.*, chap. XII § XVIII, p. XXV,

2. Fenet. t. 2, p. 163.

3. Les deux premiers alinéas de l'art. 32 sont identiques à ceux de l'art. 1134 actuel. De même l'art. 33 est identique à l'art. 1135 du code civil. Il est intéressant de faire place aux observations formulées par les divers tribunaux sur ces deux articles. Elles feront mieux saisir la vision que leurs formules inspirent, ainsi que les souvenirs que pratiquement elles évoquent. Ainsi, à propos de l'article 32, le tribunal de Grenoble (Fenet, t. 3, p. 558) fait observer qu'il faudrait lui ajouter un 4^e alinéa, ainsi conçu : « elles donnent action en justice ». D'après le tribunal de Grenoble donc, la formule de l'art. 32 n'exprimait pas d'une manière spéciale la conception de la règle *ex nudo pacto actio oritur* il fallait, pour cette fin, ajouter l'alinéa en question. Et nous avons vu ci-dessus que les deux premiers alinéas de l'art. 1134 sont loin de repousser la conception du formalisme contractuel, et que, par conséquent et par rapport à la règle *ex nudo pacto*, ils ne sont pas d'une précision spécifique. Quant à l'art. 33, le tribunal de Lyon (Fenet, t. 4, p. 130) observait : « qu'avec l'extension que pourrait donner aux stipulations l'équité et l'usage, il n'y a point de convention qui ne puisse devenir indéfinie et assujettir le contractant à une obligation dont il n'avait pas même l'idée, qu'il aurait peut-être expressément refusé de souscrire. Une convention ne peut pas avoir d'autres suites et produire d'autres effets que ceux que la stipulation et la loi lui donnent, d'autres effets que ceux qui sont nécessaires pour son exécution ». Le tribunal de Lyon pensait donc qu'une interprétation trop large du lien contractuel aurait agi à rebours et aurait amené à un formalisme autrement caractéristique le formalisme interprétatif.

Devant le Conseil d'Etat l'article 32, devenu l'article 31, fut présenté, avec le même contenu, par Bigot de Préameneu, dans la séance du 11 brumaire an XII — 3 novembre 1803 (1). Au cours de la discussion et à la demande de Portalis, le mot *contractées* « *que les dispositions antérieures rendent inutile* », fut retranché du dernier alinéa, et le texte fut adopté avec cet amendement (2). C'est dans cette forme qu'il figure dans la communication officielle à la section de législation du Tribunat (3), dans la rédaction définitive du Conseil d'Etat (4) et dans la présentation au corps législatif (5). Cependant, dans l'exposé des motifs, Bigot de Préameneu, après avoir spécifié les éléments nécessaires pour la formation d'une obligation conventionnelle valable (consentement, capacité, objet et cause légitime), revient, quelques lignes plus loin, sur l'ancienne rédaction et affirme à nouveau que les conventions doivent être *contractés* et exécutées de bonne foi (6). Cela n'eut cependant aucune répercussion sur la formule établie par le Conseil d'Etat. Et dans la communication officielle au Tribunat, on présenta l'article 1134 comme « garant de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des conventions » (7).

1. Fenet, t. 13, p. 8.

2. Fenet, t. 13, p. 46.

3. Fenet, t. 13, p. 143.

4. Fenet, t. 13, p. 171.

5. Fenet, t. 13, p. 217.

6. Fenet, t. 13, p. 229.

7. Fenet, t. 13, p. 319.

§ 3. — SENS ET PORTÉE DES ALINÉAS
DE L'ARTICLE 1134.

151. — De cette incursion dans les travaux préparatoires du Code civil relativement à la confection de l'article 1134 nous retiendrons d'abord la conviction de ses rédacteurs que cet article représente et exprime le triomphe du principe de la bonne foi (1). Ensuite nous ferons remarquer le caractère théorique *général* que Domat donna à ce principe et qui se répercute dans la manière dont Bigot de Préameneu conçu le troisième alinéa de l'article dont il s'agit.

Enfin, quant à l'amendement — proposé par Portalis — qui fit disparaître le mot « contractées » de cet alinéa, il faut observer que le motif, qui le fit admettre, fut celui que ce mot était *rendu inutile par les « dispositions antérieures »*. Ici il nous faudra insister un peu pour voir ce que l'expression de

1. Fenet, t. 13, p. 21. Voir l'exposé des motifs par Bigot de Préameneu : « Elles seraient bien mal entendues, les dispositions du Code civil relatives aux contrats si on les envisageait autrement que éomme des *règles élémentaires d'équité*, dont toutes les manifestations se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste... Cependant l'intervention de la loi pour contraindre l'une des parties à remplir son engagement n'ayant lieu que quand l'autre partie l'avait exécuté ; *cela ne suffisait point encore pour faire triompher la bonne foi*. Il n'y avait qu'un seul moyen de la maintenir, celui de rendre obligatoires les contrats du moment qu'ils auraient été formés et avant même qu'ils fussent exécutés par l'une ou l'autre des parties. *Les principes de la législation romaine n'atteignirent à la perfection que quand il fut établi que les contrats auraient entre les parties la force de la loi »* (p. 220).

« dispositions antérieures » désigne et ce qu'elle permet d'induire, de généraliser et de conclure. En effet, cette considération peut renvoyer soit aux dispositions antérieures de l'article 1134, c'est-à-dire aux deux premiers alinéas de cet article, soit aux articles qui précèdent l'article en question.

En ce qui concerne les deux premiers alinéas de l'article 1134, l'expression ne peut viser que le premier d'entre eux : car c'est seulement dans cet alinéa qu'il est question de la formation contractuelle. Seulement, si par rapport à ce premier alinéa, la précision des « *engagements contractés de bonne foi* » devient inutile, elle doit, de toute nécessité, faire double emploi et par suite être synonyme de celle désignant les *engagements loyalement formés*. Il résulte que *légalement* signifie « *de bonne foi* », ce qui dénote que ces deux notions se confondent. Mais, dans ce cas, il s'ensuit que la loi, ou plus exactement la *règle de droit* (1), a pour fondement la notion qui constitue précisément le fondement des engagements (2), c'est-à-dire la bonne foi, car ce ne sont que les engagements légalement formés, c'est-à-dire contractés de bonne foi, qui peuvent tenir lieu de loi à ceux qui les ont faits (3). A ce point de vue

1. V. R. Capitant, *L'illicite*, t. I, p. 68.

2. Dereux (*Etude...*, 1920, p. 115) soutient « qu'on ne peut pas considérer le contrat comme une loi, mais seulement la loi comme un contrat ».

3. Comp. cette remarque faite par Baudry-Lacantinerie et Binet (*Droit civil*, t. II, n° 138, p. 58) : « En mettant les conventions sur la même ligne que les lois, ce texte rend la justice gardienne de l'observation des premiers comme des secondes. »

donc, le renvoi ne fait que ramener aux notions essentielles du droit et par là vérifier une fois de plus notre position sur son fondement.

Restent alors les articles qui précèdent l'article 1134. Or, ces articles se rapportent aux éléments nécessaires pour la formation d'une obligation conventionnelle valable, à savoir: le consentement, la capacité, l'objet et la cause (1). Ces éléments sont donc justement ceux qui, par leur présence, contribuent à ce que les engagements soient légalement formés. Dans ce cas, c'est par rapport à eux que le désidérata des engagements *contractés de bonne foi*, devient inutile. La présence de ces éléments apparaît ainsi comme exigée précisément dans le but de rendre la conclusion des contrats conforme à la bonne foi, ce qui revient à dire que, de par leur nature, ces éléments correspondent à la discipline de cette notion.

152. — Seulement nous avons vu que Bigot de Préameneu insistait sur la formule « doivent être contractées de bonne foi », malgré et par-dessus ces éléments. Il devient évident donc que, dans sa pensée, cette formule ne devait pas faire double emploi avec les articles qui précèdent l'article 1134. Mais alors à quoi cette formule répondait-elle ? Une seule explication reste possible ; c'est qu'elle signifiait la défense et la prohibition du formalisme contractuel — qu'on considérait contraire à la notion de bonne foi

1. Art. 1108-1134. V. *supra*, n° 143 et 144, p. 311-312.

— et auquel la formule du premier alinéa : *conventions légalement formées*, laissait libre champ. Mais alors l'injonction « doivent être *exécutées* de bonne foi », devait avoir un autre sens, sous peine de ne constituer qu'une simple répétition. Or, puisqu'elle fut conservée, cela dénote qu'elle avait une signification différente. D'autre part, au point de vue qui nous occupe, elle était considérée sinon comme superflue, du moins comme insuffisante, puisqu'on avait senti le besoin de la compléter. Elle se rapportait donc, dans la pensée de ses rédacteurs, à un autre ordre d'idées, de même conception, mais se référant à un moment d'application différent. Sa formule équivalait à affirmer, — conformément au caractère *immuable* du principe de la bonne foi, qui en conséquence n'admet pas d'exception — que *les effets* des conventions au moment de leur exécution n'étaient pas dictés seulement par la loi matérielle des parties, mais aussi par des *considérations en quelque sorte étrangères à cette loi*, — bien que conformes à elle, — telles que la nature de l'obligation et les suites que l'équité, les usages ou la loi lui donnent (1). Or ces considérations agissant dans le cadre de la commune intention des parties (2), mais indépendamment de leur expression, conduiront à prendre en considération, pour l'exécution de l'obligation, les circonstances survenues après la conclusion des en-

1. Art. 1135.

2. V. art. 1156 et suiv.

gagements (1), circonstances qui rendent le sens matériel des conventions intenable (2), ou contraire à ce que la loyauté indique (3).

153. — Maintenant, si nous retournons à l'amendement de Portalis, nous croyons que, s'il fut admis si facilement et sans donner lieu à de plus amples discussions, et si la formule proposée par Bigot de Préameneu ne fut point considérée comme nécessaire, c'est que ce dernier n'avait pas trouvé l'expression exacte correspondant au sentiment général, hostile au formalisme. Car le formalisme affirme sa conception, non pas au moment de la

1. V. *Rej.*, 19 juillet 1827, *Dalloz*, au mot *propriété*, n° 167, 5° et *Rej.*, 27 juin 1834, *Dalloz*, au mot *obligation*, n° 665, 1°, citées par Laurent, *Principes*, t. 16, n° 181. La jurisprudence interprète le dernier alinéa de l'article 1134 comme permettant aux juges de modifier la convention, quand l'exécution littérale en devient impossible par suite de circonstances survenues postérieurement à la formation du contrat. Comp. Gaston Morin, *La révolte des faits contre le code*, 4^e éd., 1920, p. 121-144 et R. Demogue, *Revue trimestrielle de droit civil*, VI, 1907, p. 245-310. Adde, Trib. civ. Seine, 17 janvier 1923, *La gazette Dalloz* du 10 mars 1923, p. 40, cité dans G. Cornil, *Le droit privé*, p. 119, sous le paragraphe *L'abus des droits et le principe de la force obligatoire des contrats*.

2. Comp. L'article 1141.

3. C'est à ce point de vue que se rattachent les théories telles que celles des dommages-intérêts, de la demeure, de la faute, du cas fortuit et de la force majeure, de l'exception non adimpleti contractus (que le tribunal de Grenoble proposait d'ajouter à l'article 33 du projet de la commission du Gouvernement. Fenet, t. III, p. 558), de la condition résolutoire, du terme de grâce, des moratoires, de l'imprévision, etc., théories qui roulent, en partie, autour de la clause sous-entendue cristallisée dans la formule : *rebus sic stantibus* (Comp. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*), nos 120-121, p. 156-159.

conclusion contractuelle, mais à celui de *la manifestation de volonté*. Question de nuance, mais capitale, parce que chargée de grosses conséquences. En effet, devant l'exigence que les conventions doivent être contractées de bonne foi, à côté des conditions requises par la loi pour leur validité et malgré leur présence, on pourrait se demander, à l'exemple du tribunal de Lyon (1), et avec plus de légitimité que lui, où une semblable prescription mènerait, et si on pourrait jamais trouver des conventions non contestées sur son fondement (2). C'est donc relativement à la manifestation de la volonté que la formule devait imposer le principe de la bonne foi, par opposition à la conception formaliste.

Mais, l'eût-elle fait, qu'on pourrait encore se demander si Bigot de Préameneu eût réussi à la faire pénétrer dans le Code civil. Car, d'une part, le code admet des contrats solennels et, d'autre part, il faut observer que, malgré le laconisme avec lequel l'amendement de Portalis et surtout son motif nous sont rapportés par Fenet, et peut-être malgré la

1. V. ci-dessus, p. 331, note 3.

2. A cette préoccupation se rattache du reste une question théorique plus générale, une question de principe. C'est celle qui consiste à se demander à quoi servent les règles de droit, les lois, devant une définition du droit telle que la nôtre. Or la bonne foi subjective étant difficile à saisir, il est de toute nécessité d'établir des repaires au moyen desquels cette notion s'objective et devient facilement reconnaissable. C'est justement le rôle des lois, ou des règles de droit qui d'ailleurs ne sont que « du fait stabilisé ».

brièveté de l'expression même de Portalis, sa formule laisse percer la conviction, peut-être inconsciente, de son auteur, que la conception du formalisme n'est point contraire à la notion de bonne foi, les lois ne pouvant protéger des conventions contraires dans leur principe à la discipline de cette idée (1). Ce principe n'avait pas besoin d'être rappelé expressément. Et, en fait, — comme nous l'avons déjà vu, — le formalisme, loin de protéger ou de faciliter la mauvaise foi (2), correspond au contraire à la discipline de la bonne foi appliquée au moment de la manifestation de volonté (3).

Mais, quoi qu'il en soit de la légitimité ou de l'opportunité d'une pareille formule, un point reste définitivement acquis après cette incursion dans les

1. V. Fenet, t. 13, p. 373 : « La loi ne protège pas la fraude. La bonne foi est au contraire l'objet de sa sollicitude. » Comp. Planiol, *Traité*, 107, II, 295 : « La loi doit toujours chercher à faire régner la bonne foi. Elle ne peut pas tolérer des opérations frauduleuses. »

2. M. Cuq lui-même, après avoir constaté que théoriquement le formalisme « favorise la mauvaise foi », car pour la moindre irrégularité, le débiteur refusera de tenir sa promesse et le juge ne pourra pas le condamner, revient sur cette affirmation, et observe qu'il ne faut pas perdre de vue la différence qui sépare les mœurs contemporaines de celles des Romains, lorsqu'on cherche à apprécier le formalisme. Le citoyen à Rome avait toutes les facilités pour se faire assister par des personnes compétentes. Ce qui amène M. Cuq à affirmer catégoriquement que « le formalisme n'avait pas pour effet chez les Romains d'encourager la mauvaise foi » (*Institutions juridiques*) ; et cela d'autant plus que la conscience publique était, aux premiers siècles, si délicate qu'on n'aurait pas à la légère, couru le risque de la blesser !

3. *Ibid.*, « Le formalisme consiste à subordonner l'expression de la volonté à l'emploi de certains mots consacrés. »

travaux préparatoires du Code civil concernant le dernier alinéa de l'article 1134 : c'est la reconnaissance de l'application de l'idée de bonne foi au moins à deux moments différents du rapport contractuel : 1^o celui de la *conclusion* et 2^o celui de *l'effet* du lien conventionnel, c'est-à-dire de son *interprétation*.

SECTION III

La discipline de la bonne foi en droit comparé et les différents moments du rapport contractuel.

§ 1. Le sens de la synthèse. — § 2. La conception du Code civil italien. — § 3. La position du projet franco-italien des obligations. — § 4. Les dispositions du Code civil allemand. — § 5. La formule du Code civil suisse. — § 6. Conclusion.

§ 1. — LE SENS DE LA SYNTHÈSE.

154. — Ce mouvement d'application et de reconnaissance du régime de cette discipline à tous les moments de l'évolution du rapport conventionnel alla en s'élargissant et en se précipitant. Nous avons déjà, et en grande partie, entrevu les diverses manifestations de ce mouvement et les moyens techniques qui en résultèrent. Il nous faudra seulement préciser les données positives et les pousser jusque dans leurs conséquences, pour pouvoir conclure d'une manière documentée et en conséquence valable. Avant donc d'entreprendre l'œuvre de synthèse qui s'impose, nous allons passer en une

rapide revue les textes que le droit comparatif met à notre disposition, relativement à cette matière. Cette contribution positive facilitera notre tâche. L'autorité de nos conclusions sera accrue en même temps que sera précisée la signification de cet essai synthétique.

Cette signification ? Elle est double. D'abord elle cherche à expliquer l'évolution juridique par la succession des points d'application sur lesquels la doctrine juridique ou la discipline de la bonne foi a fixé son attention ; ensuite elle tend à fournir un critère d'appréciation de la valeur objective et du progrès ou du stade d'une législation.

§ 2. — LA CONCEPTION DU CODE CIVIL ITALIEN.

155. — Pour commencer, nous ferons remarquer que, dans le Code civil italien, la matière des articles 1134-1135 du Code civil français, réservée au chapitre sur *les effets des contrats*, a été répartie entre les articles 1123 et 1124, de manière à accuser l'opposition signalée ci-dessus par nous (1). De plus le législateur italien a omis la disposition de l'alinéa 2 de l'article 1134 Code civil français concernant la révocation ainsi que la fin de l'article 1135 du Code civil français renvoyant à la nature de l'obligation, de sorte que les deux textes se présentent comme il suit :

1. V. ci-dessus, n° 148, p. 326.

Art. 1123. — *Les contrats légalement formés ont force de loi pour ceux qui les ont faits.*

Art. 1124. — *Les contrats doivent être exécutés de bonne foi et ils obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui, suivant l'équité, l'usage ou la loi, en dérivent.*

Par cette répartition — au prix d'une nouvelle confusion — une première précision est obtenue. En effet d'une part, en isolant le premier alinéa de l'article 1134 du Code civil français, le code italien limited'une manière visible son rôle et, par là, fait ressortir en relief sa signification relative à la *formation* contractuelle, à la force obligatoire du lien qui a le même fondement que celui d'une règle juridique. Mais, d'autre part, en fusionnant le dernier alinéa de l'article 1134 code civil français avec le contenu de l'article 1135 et en supprimant les derniers mots de ce dernier texte, on donne à la formule : *doivent être exécutés de bonne foi* une signification élastique désignant *l'interprétation* respectueuse des circonstances survenues plus que de la forme des expressions. Et la suppression du second alinéa de l'article 1134 du Code civil français n'est qu'une confirmation catégorique de cette manière de voir du législateur italien, qui a trouvé que cette condition du consentement mutuel, pour qu'une révocation fut possible, était une condition de droit strict, annihilant toute interprétation de bonne foi, réduisant de beaucoup et par trop les pouvoirs du juge et, par là, laissant à la discrétion et à la merci

d'une volonté égoïste ou méchante des situations dignes d'une protection plus ample et autrement efficace.

On saisit ainsi la différence qui sépare la manière de voir des deux législateurs : français et italien. Ce dernier reconnaît dans le développement du rapport contractuel, à part les deux moments d'application de la discipline de la bonne foi — celui de *la conclusion* et celui de *l'interprétation* — déjà admis par le législateur français, un troisième, savoir celui de *l'exécution*.

§ 3. — LA POSITION DU PROJET FRANCO-ITALIEN
DES OBLIGATIONS.

156. — Puisque *le projet franco-italien du code des obligations et des contrats* est issu de la collaboration des représentants des deux législations analysées jusqu'à présent, nous ferons état, à cette place, de sa position par rapport aux idées qui nous intéressent, bien que ce projet soit le dernier en date des textes positifs que nous aurons à envisager.

Cependant, comme nous sommes encore en face d'un projet, d'une *lex ferenda*, le privilège que nous lui accordons sera aisément pardonné, d'autant plus que ce privilège doit être interprété comme un acte de considération et de respect pour une œuvre pleine de mérites dans son but et remarquable dans ses réalisations.

Dans l'avant-projet de ce code, publié dans le

Bulletin de la Société d'Etudes législatives (1), les articles 1134-1135 code civil français trouvent leurs fidèles correspondants dans les articles 39 et 40, avec cette remarque toutefois, que, à l'exemple du Code civil italien, ils se trouvent sous le paragraphe intitulé : *des effets des contrats* (2).

Au contraire, dans le projet définitif (3), la matière est répartie entre les articles 38, 39 et 40. Elle est identique, au fond, à celle des textes français. Mais on a réservé au 3^e alinéa de l'article 1134 du Code civil français un article spécial, l'article 39 du projet. De cette manière l'expression *doivent être exécutés de bonne foi* est débarrassée de la tutelle des deux premiers alinéas de l'article 1134 du Code civil français, en même temps qu'elle est séparée du contenu de l'article 1135 Code civil français (40 codes des obligations). Par là, cette expression recouvre sa pleine liberté, en partie enchaînée, opprimée (Code civil français) et retrouve sa vraie signification, en partie détournée, violentée (Code civ. italien). Par son isolément, elle prend l'aspect d'un principe général concernant les deux parties du rapport contractuel : créancier et débiteur.

Et si, en reproduisant dans l'alinéa II de son article 38 le principe que *les contrats ne peuvent être révoqués que de leur consentement mutuel, ou pour*

1. Année 1925, n° 3 et 4, p. 255-293.

2. § VII, de la section première : *Des contrats*, du chapitre I, *Des sources des obligations*.

3. *Projet du code des obligations et des contrats*. Texte définitif approuvé à Paris en octobre 1927, Roma 1928, Anno VI.

les causes que la loi autorise, le projet semble accepter une position moins ample que celle du Code civil italien, il faut remarquer qu'il contient deux textes importants, les articles 22 et 48. Le premier relatif aux vices du consentement dispose dans son premier alinéa.

Art. 22. — *Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec la prestation de l'autre, de telle sorte que, suivant les circonstances, il soit à présumer que son consentement n'a pas été suffisamment libre, le juge peut, sur la demande de la partie lésée, annuler le contrat ou réduire les obligations.*

Le second, relatif aux effets du contrat, est ainsi conçu :

Art. 48. — *Dans les contrats synallagmatiques, chaque contractant peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne; à moins qu'il n'ait été fixé des dates différentes pour l'exécution des deux obligations.*

Toutefois, l'exécution ne peut être refusée si, d'après les circonstances et en raison du peu d'importance de la prestation non exécutée, ce refus est contraire à la bonne foi.

De sorte que le principe de l'alinéa II des articles 1134 du Code civil français et 38 du Projet franco-italien apparaît comme le gardien de la parole donnée, c'est-à-dire de la bonne foi des parties contractantes. Car, comme le faisait observer Massé,

l'exécution de bonne foi, « n'empêche pas de s'en tenir strictement aux termes de la convention, parce que, *en certains cas*, c'est précisément en cela que consiste la bonne foi » (1).

Finalement les articles 38-40 du Projet franco-italien apparaissent comme représentant la discipline de la bonne foi appliquée d'une façon claire, précise et rationnelle, aux divers moments du développement du rapport contractuel.

§ 4. — LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL ALLEMAND.

157. — Si nous passons maintenant au Code civil allemand, nous constatons que le B. G. B. a réparti la matière qui nous intéresse entre ses deux premiers livres. Il l'a traitée dans les deux articles 157 et 242, le premier appartenant au titre intitulé : *Du contrat*, le second à un autre intitulé *De l'obligation de prêter* (2). Ces deux textes sont ainsi conçus :

Art. 157. — *Les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque, en corrélation avec les usages admis en affaires.*

Art. 242. — *Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et la confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires* (3).

1. Massé, *op. cit.*, n° 1434.

2. Livre I, sect. III, titre III, et Livre II, sect. I, titre I.

3. Voir le commentaire de cet article, fait par Saleilles dans la traduction annotée du code civ. allemand.

Par rapport à la discipline de la bonne foi — envisagée sous l'expression *Treu und Glaube* — qu'ils consacrent, ces deux articles ont une formule identique. Mais ils appliquent cette discipline à deux moments différents du rapport conventionnel : celui de *l'interprétation* et celui de *l'exécution*. Par là ils se différencient et justifient la raison de leur existence distincte. Mais, du même coup, ils prennent un aspect significatif différent. L'article 242 se réfère à l'acte même de *l'exécution proprement dite* du débiteur seul et détermine comment l'obligation doit être exécutée par celui-ci, indépendamment de son contenu, tandis que l'article 157 se rapporte au *contenu* contractuel, qu'il détermine d'après la *commune intention* des parties et d'après la *volonté contractuelle*, telle que la bonne foi réciproque la désigne comme devant être, dans l'état et les circonstances où l'accord est intervenu, et d'après la teneur même et la résultante des déclarations des parties (1).

En un mot, il ouvre la porte au pouvoir supplétif du juge, qui doit s'exercer conformément à un idéal objectif (2).

On saisira encore mieux la différence qui existe entre la conception des deux articles si, par rapport au pouvoir interprétatif accordé au juge dans l'article 1157, on tient compte du refus auquel

1. *Ibid.*

2. *Ibid.* Par là l'interprétation tend à devenir arbitraire ou à recevoir un caractère formaliste autrement intéressant et significatif.

s'est heurtée — tant devant la seconde commission qu'en séance du Reichstag — la proposition tendant à amender l'article 242, en lui ajoutant un alinéa consacrant l'*exceptio doli generalis*, c'est-à-dire « la faculté pour le débiteur de s'opposer à la poursuite du créancier, lorsque cette dernière, par l'objet même qui la constitue, ou les circonstances qui l'accompagnent, doit être considérée comme une violation de la bonne foi et de la loyauté » (1). C'eût été, d'une part, revenir — tout au moins en partie — au moment de *l'interprétation*, et, d'autre part, c'était confondre le moment de *l'exécution* avec un autre, *celui de l'exercice* du droit d'exécution du créancier, corrélatif à l'obligation du débiteur. C'est ce qu'on s'est bien gardé de faire. Car on ne voulait pas empiéter sur la distinction établie entre les deux articles 157 et 242 et en même temps on n'apercevait pas encore suffisamment en quoi l'exercice du droit du créancier contractuel pouvait être contraire à la bonne foi. Il est vrai que, sans doute, dans son article 226, le B. G. B. avait édicté d'une manière précise que « *l'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui* ». Cet article figurant dans la section VI de *la partie générale*, rendait donc possible l'admission de l'amendement dont l'esprit est conforme à ce principe. Et même, dans son absence, il pourrait le remplacer. Néanmoins,

1. V. le commentaire de cet article fait par Saleilles dans la traduction annotée du code civ. allemand.

on peut hésiter à affirmer que le B. G. B. a entendu permettre cette extension et cela malgré la place de l'article 226 dans la partie générale du code, et malgré la généralité de sa formule.

Ce qui est sûr, c'est que — par rapport au lien conventionnel — le B. G. B. distingua et consacra l'application de la discipline de la bonne foi à deux moments de son développement : celui de *l'interprétation* et celui de *l'exécution*.

§ 5. — LA FORMULE DU CODE CIVIL SUISSE

158. — Ce fut le Code civil suisse de 1912 qui fit un pas de plus en cette direction, dans son article 2 ainsi formulé :

Art. 2. — *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.*

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi.

L'alinéa 1^{er} de cet article constitue la reconnaissance définitive et éclatante de deux moments d'application de l'idée de bonne foi : celui de *l'exercice* et celui de *l'exécution* du lien obligatoire. Car, par le rapprochement des deux termes ainsi que par le titre sous lequel ils sont affirmés(1), aucun doute n'est plus possible sur la généralité de cet article et, en conséquence, sur son application au

1. Titre préliminaire, B. *Etendue des droits civils*, I, *Devoirs généraux*.

rapport conventionnel (1). Quant au deuxième alinéa de cet article, il n'est que la conséquence du principe établi dans le premier alinéa (2) et sert à lui donner une sanction (3). Il rend au juge la liberté de refuser la protection de la loi quand celui qui l'invoque en use contrairement à son fondement.

§ 6. — CONCLUSION

159. — Après avoir terminé (4) l'analyse des textes caractéristiques que le droit comparatif nous fournit, quelles sont les conclusions qui s'en dégagent?

En premier lieu il ressort avec évidence qu'en ce qui concerne le lien conventionnel, l'évolution

1. Sur la distinction que la jurisprudence suisse a établie entre le droit privé et le droit de procédure, v. Al. Martin, *De la jurisprudence du Tribunal Fédéral concernant l'abus du droit*, article paru dans la *Semaine judiciaire de Genève*, n° 26 et 27 de 1922. V. aussi la formule d'une décision du Tribunal Fédéral. décidant que l'on ne saurait considérer comme un acte de chicane le simple exercice d'un droit constitué de par la libre volonté des parties (17 avril 1913. Rec. Off. 39, 2, n° 39).

2. Virgil Rossel, *Code civil Suisse*, édition annotée, précédée d'une Introduction à l'étude du Code civil suisse. Paris-Lausanne Introduction, p. 12.

3. Al. Martin, *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le code civil*, 1909, p. 30.

4. Comp. aussi l'art. 914 du Code civil autrichien : « Pour l'interprétation des contrats il ne faut pas s'attacher au sens littéral des mots mais rechercher l'intention des parties, et le contrat doit se comprendre d'une manière qui répond aux usages admis dans les rapports honnêtes » (nov. III, art. 102). Voir le commentaire de cet article dans Marcel de Gallais, *La révision du Code civil autrichien*, p. 140-144. Il est intéressant de noter que le projet gouvernemental de révision proposait la formule suivante : « le contrat doit se comprendre et être exécuté... » L'addition fut jugée superflue par la commission, à cause de l'évidence d'une pareille prescription.

juridique s'est faite sur le plan de l'idée de bonne foi. Seulement les conséquences de cette idée, qui domine le rapport juridique sous son principal aspect du respect et de l'autorité de la parole donnée, n'ont été envisagées que successivement, à mesure que l'attention s'est portée et fixée sur les différents points ou moments du développement de ce rapport.

Et, si la suite de ces moments, ainsi que le circuit de leur prise en considération, ne nous permettent pas de porter un jugement de valeur absolue (1) sur l'évolution juridique, ils nous fournissent tout au moins des critères objectifs d'appréciation du stade des diverses législations, par rapport aux conceptions sociales caractéristiques, à savoir la conception aristocratique et la conception démocratique (2).

En second lieu il faut observer qu'à la prise en considération de ces différents moments correspond toute la gamme des actions contractuelles, toute la série des causes de dissolutions ou de modifications du lien contractuel, y compris le défaut de droit pour manque de preuve (3) et l'inexistence

1. Chaque technique correspond à des conditions historiques et sociales différentes, de sorte qu'on ne peut les comparer que par rapport au milieu et aux besoins auxquels elles répondent.

2. V. Haurion, *op. cit.*, *loc. cit.*

3. Les règles de preuve appartiennent à un même ordre d'idées que celles concernant les formes, la preuve étant, de même que la forme, intimement liée au fond du droit. (V. Bartin, *Cours de droit civil approfondi*, 1925-1926, p. 20, 222, 223 et suiv.). A quoi sert en effet pratiquement un droit, que, faute de preuve, on ne peut faire valoir en justice ?

du droit pour manque d'éléments constitutifs (1).

Toutes ces causes de dissolution ou de modification concourent à satisfaire l'idée de bonne foi et la théorie de l'inexistence, des nullités et de l'annulabilité des actes juridiques s'adapte aux différents points de l'application de la discipline de cette idée. Cela est si vrai que la survivance des conséquences produites par les actes nuls s'explique par cette même idée (2).

Par là, la technique juridique contractuelle apparaît aussi comme une création de la bonne foi, et notre démonstration par rapport à la théorie contractuelle se trouve faite, en ce qui concerne la discipline de cette notion en tant que notion spécifiquement juridique.

1. Les éléments constitutifs sont des éléments formels.

2. Comp. J. Piédelièvre, *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*. Thèse Paris, 1911.

C'est vrai que M. Piédelièvre trouve qu'il y a d'autres idées (par ex. celle de la responsabilité) qui expliquent d'une façon plus complète, dans certains cas, les limitations à la nullité. Seulement nous croyons — et nous l'avons suffisamment montré — que toutes ces idées se ramènent à l'idée de bonne foi, qui les fonde et dont elles constituent les différents aspects.

CHAPITRE III

LA THÉORIE DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE.

« On donnera à celui qui a et,
pour celui qui n'a pas, on lui ôtera
même ce qu'il croit avoir ».

SAINT LUC.

SECTION UNIQUE

Sa conformité avec la discipline de la bonne foi.

§ 1. Contradiction apparente. — § 2. La possession à titre de propriétaire. — § 3. La jurisprudence et l'impossibilité d'agir.
— § 4. Le sens des articles 2262 et 2265 du Code civil.

§ 1. — CONTRADICTION APPARENTE.

160. — Il nous reste à envisager une remarque que la théorie de la prescription acquisitive suggère. En effet, si le droit est constitué par la discipline de la bonne foi, comment concilier cette vérité avec les prescriptions de l'article 2262 du Code civil aux termes duquel l'exception déduite de la mauvaise foi n'est pas opposable à celui qui invoque la prescription trentenaire ? Il paraît, à première vue, que cet article constitue le démenti le plus catégorique possible de notre conception, qui voit dans le droit une dis-

cipline de la bonne foi. Mais, à y regarder de près, les choses ne se présentent pas sous un aspect aussi inquiétant.

En effet, conformément à la signification qui se dégage des divers articles traitant de la bonne foi à l'occasion de la possession ou de l'acquisition de la propriété, celle-ci désigne un état de croyance ou d'ignorance, la croyance en la légitimité de l'acquisition ou l'ignorance des vices du titre d'acquisition. Per a contrario, la mauvaise foi de l'article 2262 du Code civil signifie la connaissance du défaut de son droit par celui qui possède et veut prescrire.

Seulement, cette volonté de prescrire se fonde sur le fait du non exercice du droit de propriété par son vrai titulaire. Cette abstention, en dehors du fait qu'on peut la considérer comme fautive (1) et, par suite, comme indigne de protection et même punissable, est de nature à faire naître des doutes sur l'existence du droit du prétendu propriétaire (2).

1. Conf. Marco R. Cohen, *L'abstention fautive en droit civil et pénal. Etude sur la responsabilité*, n° 21, p. 59-61.

2. Dans ce sens conf. Capitant, *Traité élémentaire*, t. I. *Prescription acquisitive* : « Si une personne a possédé longtemps une chose, sans que le prétendu ayant droit l'ait revendiquée, il est à présumer que le revendiquant actuel, lui ou ses auteurs, l'avaient aliénée autrefois ; ainsi envisagée la prescription sera moins un mode d'acquérir, un *titulus adquirendi*, que l'indice de l'existence d'un titre antérieur qui ne se retrouve pas. Cette raison s'applique, on le remarquera, aussi bien à la prescription libératoire qu'à l'acquisitive. Elle nous fait comprendre comment le Code civil a pu faire allusion à ces deux prescriptions en traitant des *présomptions légales*, dont l'art. 1350 signale un spécimen, dans le cas où la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ».

Or, si, habituellement, le doute est incompatible avec la bonne foi, dans ce cas et sous la forme envisagée, il n'est pas par lui-même constitutif de mauvaise foi; au contraire, il peut dans certaine mesure et sous certaines conditions, sinon fonder la bonne foi, du moins constituer une excuse suffisante pour faire réhabiliter la mauvaise foi de la même façon qu'une erreur de droit « excusable et plausible » (1) peut faire admettre la bonne foi de celui qui l'invoque. Les conditions exigées pour la prescription acquisitive sont précisément des éléments de réhabilitation. Ainsi, le délai de trente ans pendant lequel la possession doit être paisible, publique, continue et sans équivoque, est de nature à prouver la légitimité du doute du possesseur.

§ 2. — LA POSSESSION A TITRE DE PROPRIÉTAIRE.

161. — L'art. 2229 du Code civil complète la formule de l'art. 2262 en spécifiant que, pour pouvoir prescrire, il faut *une possession à titre de propriétaire*. On a critiqué cette disposition, car, dit-on, on ne peut concevoir la possession qu'à ce titre : quand il fait défaut, il y a absence de possession et non pas possession viciée (2).

Nous croyons au contraire que cette disposition est nécessaire.

1. V. l'arrêt de la Cour d'Appel de Jassy, du 7 décembre 1927, *Dreptul*, n° 25, année 1928.

2. Planiol, *Traité élémentaire*, t. I., n° 2276, p. 732.

Elle exige une possession à *titre non précaire* (1). Celui qui est possesseur précaire ou simple détenteur, c'est-à-dire *qui sait* qu'il possède en vertu d'un titre l'obligeant à restituer la chose à son propriétaire, ne peut jamais prescrire « par quelque laps de temps que ce soit », précise l'art. 2235 du Code civil. Et l'art. 2240, en décidant qu'on ne peut pas prescrire contre son titre, ne fait que confirmer et souligner une fois de plus cette manière de voir. Pourquoi cette insistance, ce souci de précision qui conduit presque à la répétition d'une règle qui, par surcroît, est considérée comme allant contre le but social de la prescription ? (2). C'est que le détenteur et le précariste ne peuvent avoir aucun doute sur le droit de leur auteur. Leur permettre de prescrire serait donc consacrer les effets de leur mauvaise foi ; et cela était contraire à l'idée du droit, garante du bien public qui, — comme l'a dit Laurent, — consiste avant tout dans l'*ordre moral*.

On se rend compte alors de la signification de

1. *Ibid*, *loc. cit.*

2. *Ibid*, n° 2649, pag. 864. M. Planiol observe que « la règle qui rend imprescriptibles « *etiam per mille annos* » les biens possédés par un débiteur précaire va contre le but social de la prescription qui est d'empêcher les revendications de remonter trop loin dans le passé. Peut-être aurait-on pu décider que la prescription s'accomplirait à leur profit par un délai de soixante ans. En effet, la précarité de leur possession vient de ce qu'il existe à leur charge *une obligation de rendre*, ayant une origine contractuelle. Or, cette obligation est prescriptible : elle s'éteint en général par trente ans. Quand elle est éteinte, la précarité devrait être considérée comme purgée et l'usucapion devrait commencer à courir pour le possesseur ; mais telle n'est pas la conception du droit traditionnel ».

cette exigence de l'art. 2229, de posséder « à titre de propriétaire », c'est-à-dire *animo domini*, pour pouvoir prescrire. Elle se rapproche de la conception subjective de Savigny. Elle exige, de la part du possesseur, cette intention de se comporter « en propriétaire » non seulement à l'égard du fait, mais aussi à l'égard du droit. Or, on ne peut pas dire que se comporte en propriétaire, celui qui se comporte et qui agit comme un *spoliateur* ou un *usurpateur* du droit d'autrui.

Et on ne peut pas concevoir comment posséderait à titre de propriétaire celui qui cherche à commettre une spoliation ou une usurpation, c'est-à-dire celui qui *sait* qu'il se conduit justement comme un non propriétaire, comme un voleur. Mais il faut prendre soin d'observer que *la simple prise de possession* ne veut pas dire spoliation ni usurpation, le véritable propriétaire pouvant faire valoir son droit et repousser tout empiètement sur son droit. Pour que la possession prenne un caractère usurpatoire, il faudrait que le possesseur *agisse* dans ce sens, c'est-à-dire qu'il cherche, *par des moyens illicites*, à contraindre ou à mettre le véritable propriétaire dans l'impossibilité d'exercer son droit ; il faudrait, en un mot, qu'il soit vraiment de mauvaise foi dans la constitution et l'exercice de la possession.

§ 3. — LA JURISPRUDENCE ET L'IMPOSSIBILITÉ D'AGIR.

162. — Mais est-ce que, dans ces conditions, il est encore protégé par l'art. 2262 ? Est-ce que le

possesseur qui, par dol ou manœuvres dolosives, dissimulerait le droit au vrai propriétaire qui n'en a pas connaissance, ou qui l'empêcherait par la force physique ou la violence morale de l'exercer ou d'interrompre la prescription, est-ce que ce possesseur pourrait encore prescrire ? Est-ce que le propriétaire ne pourrait, ni dans ces cas, lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi, suivant les prescriptions de l'art. 2262 ? Nous ne le croyons pas; la jurisprudence nous y autorise. Car en dépit des prescriptions catégoriques de l'art. 2251 du Code civil et par application de la règle *contra non valentem agere non currit prescriptio*, la jurisprudence admet que toute impossibilité d'agir suspend la prescription; et elle fait entrer dans l'impossibilité d'agir ou y assimile l'ignorance du fait donnant naissance au droit (1). Si donc une ignorance fortuite peut sus-

1. V. Cass., 27 mai 1857. D. 57.1.290; Civ., 20 janv. 1881. S.81.1.201; Besançon, 20 mai 1891. D. P. 94.1.180. Comp. l'arrêt de la Cour du Banc du Roi de Montréal (20 avril 1927. Rapp. jud. Québec, XLIII, pag. 1), rapporté dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1927, n° 4, p. 1052-53. Dans cette espèce le demandeur invoquait contre le possesseur les manœuvres dolosives par lesquelles celui-ci l'avait mis dans l'impossibilité de connaître son droit. Voici les termes mêmes du commentaire : « Le demandeur déclarait que, si le défendeur était resté des années en possession, c'est qu'il avait toujours agi de manière à cacher les titres du demandeur. Cet aspect spécial du problème peut soulever des questions délicates. Le possesseur qui dissimule les titres du demandeur commet un acte illicite contre lequel une action en indemnité est ouverte. Cette action est ordinairement prescrite lorsque la prescription acquisitive est invoquée. Mais il pourrait en être autrement. Si une personne se met en possession et que plusieurs années après elle trouve le moyen de s'emparer des titres du demandeur et de les faire disparaître,

pendre la prescription, à plus forte raison, celle déterminée par le fait du possesseur pourra être invoquée dans ce but par le propriétaire.

§ 4. — LE SENS DES ARTICLES 2262 ET 2265
DU CODE CIVIL FRANÇAIS.

163. — Mais à quoi se réduit alors la mauvaise foi du possesseur, cette mauvaise foi que sous-entend l'article 2262 ? Est-ce que la conscience qu'il n'a pas encore un droit de propriété sur la chose possédée peut le constituer en état de mauvaise foi surtout quand cette possession prévue et reconnue par la loi devras'exercer d'une façon ininterrompue et publique pendant trente ans ? Pas du tout ! Mais quel est alors le sens de l'article 2262 ? Cet article, loin de favoriser ou d'encourager le possesseur de mauvaise foi, punit celle-ci dans la personne du propriétaire mal intentionné à l'égard du possesseur, ou négligent (1). En effet, le propriétaire ne pourra

l'action en réparation pourrait survivre un certain temps à l'action réelle ». Mais, même si l'action en réparation est prescrite, une fois le principe admis, on pourrait invoquer l'exception de mauvaise foi, en vertu du principe : *quae temporalia sunt ad augendum, perpetua sunt ad excipiendum*. Cela d'autant plus qu'on peut établir dans ce cas une analogie avec celui qui possède à titre précaire et qui, comme nous le savons, ne peut prescrire *etiam per mille annos* malgré que l'action résultant de l'obligation de rendre soit prescrite. Comp. aussi l'art. 661 du code fédéral suisse. V. aussi l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence à l'art. 2257 du Code civil en matière de droits réels.

1. Comp. Capitant, *op. cit.*, *loc. cit.* « Le propriétaire qui laisse, pendant de longues années, sa chose aux mains d'un autre possesseur, commet une négligence incontestable, dont il est assez naturel qu'il subisse un jour la punition ». Cette négligence apparaît d'autant plus condamnable si on considère le

plus se prévaloir de son droit qu'il n'a pas fait connaître et qui, par conséquent, ne peut pas constituer celui qui prescrit en état de mauvaise foi. L'inexercice du droit par son propriétaire rend le possesseur trentenaire indemne de toute accusation : la négligence du premier ne peut pas être imputable au second. Ce n'est que dans le cas où le propriétaire aurait ignoré son droit, ou aurait été dans l'impossibilité de l'exercer, que le possesseur trentenaire ne sera pas admis à prescrire, ou que, plus exactement, sa prescription sera suspendue. Encore faut-il que l'ignorance du propriétaire présente le caractère d'une impossibilité absolue d'agir (1). En conséquence, on ne peut demander au possesseur, quant à l'existence du droit, une diligence que le vrai propriétaire n'a pas quant à son exercice (2).

principe de la fonction sociale du droit de propriété. En n'exerçant pas son droit ce titulaire « use » abusivement de son droit, c'est-à-dire contrairement à ce qu'il *sait* être sa fonction normale. Il détourne son droit du but en vue duquel il a été institué. Ce manque de conformité entre ce qu'il sait devoir faire et ce qu'il fait indique un état de mauvaise foi de sa part. Com. Jossierand, *op. cit.*

1. V. Req. 11 juin 1918. S. 1922. I. 217.

2. Comp. Gorphe, *op. cit.*, p. 146 « Le propriétaire ne saurait être tenu à une garde vigilante et constante sur ses immeubles : il faut lui laisser le temps de faire valoir ses droits contre les usurpations. Mais lorsqu'il a laissé écouler un assez long temps sans inquiéter le possesseur illégitime, son inaction prolongée, qui peut être présumée un effet de négligence, et ne fait que *confirmer la croyance de ce possesseur en son propre droit*, ne mérite pas d'être protégée au détriment de celui qui exploite et tire partie de l'immeuble. La honte, c'est l'inaction, disait Hésiode. Aujourd'hui plus que jamais, l'inactif est un inutile ; il ne faut pas le laisser devenir nuisible au détriment des bonnes volontés. Dans l'inaction prolongée, le droit du propriétaire perd

Mais on pourrait faire observer qu'il doit cependant y avoir une différence entre l'article 2262 et l'article 2265 qui exige, d'une manière toute spéciale, la bonne foi du possesseur pour la prescription de dix à vingt ans. Et, d'autre part, beaucoup de législations font de la bonne foi jointe au juste titre une condition normale de la prescription (1). Si les législations qui ont accepté le principe de l'article 2262 ne protègent pas la mauvaise foi du possesseur, quelle est la différence qui les sépare des autres législations qui demandent d'une façon expresse la condition de la bonne foi ?

164. — Pour répondre, il faut remarquer d'abord que, d'après l'article 2269 du Code civil, il suffit que la bonne foi — dans la prescription de dix à vingt ans — ait existé au moment de l'acquisition. C'est la consécration de la règle : *mala fides superveniens*. Avec cette disposition législative la différence entre les articles 2262 et 2263 se trouve ramenée au point de

le meilleur de sa raison d'être ; il s'évanouit véritablement de lui-même, au profit du possesseur de bonne foi qui, par son travail d'exploitation, mérite progressivement de l'acquérir. *Il faut croire qu'il n'y a pas loin de la possession de bonne foi au droit de propriété* pour qu'ils arrivent aisément à se rejoindre. La possession est apparemment l'exercice du droit de propriété, avant de pouvoir devenir véritablement ce droit lui-même résultant de son exercice. C'est alors le fait, l'apparence du droit, se transformant en droit véritable. *Cette métamorphose ne peut se produire par le seul effet du temps qui n'est qu'une abstraction ; il faut que ce soit par la vertu propre du fait que la loi ne fait que consacrer, et cette vertu ne se tire-t-elle pas des qualités de la possession, dont la bonne foi n'est pas la moindre ? ».*

1. Gorphe, *loc. cit.*, p. 142.

départ de la possession. Mais, par rapport à ce point, l'article 2265, à l'encontre de l'article 2262, exige un juste titre de transmission ou d'acquisition. Or si, dans la théorie de la prescription, le juste titre est un élément distinct de la bonne foi, cependant « les deux notions sont si liées qu'on peut les dire concentriques » (1) ; par conséquent l'exigence de l'une entraîne l'exigence de l'autre. La condition de la bonne foi du possesseur se rattache donc, dans le cas de l'article 2265, à l'acte de transmission. Elle consistera dans la croyance absolue chez le possesseur que la personne de qui il a reçu la chose en était propriétaire et pouvait transmettre valablement son droit : elle ne souffre donc aucun doute, aucune hésitation qui en détruirait la force (2). Au contraire, comme la condition d'un acte de transmission n'est pas exigée dans l'article 2262, la bonne foi se confond avec les conditions même de la possession, prescrites par l'article 2229 : c'est pourquoi elle n'y est plus exigée séparément et d'une manière expresse. La différence correspond donc à l'application de la discipline de la bonne foi à des moments différents du développement de la prescription. L'article 2262 correspond à une conception *formaliste* qui se tient au fait de la manifestation de la possession, tandis que l'article 2265 correspond à une conception *interprétative* de l'acte qui

1. Gorphe, *loc. cit.*, p. 145.

2. V. Ch. Civ., 15 févr. 1927. S. 1927.1.190. *Gazette Palais*, 1927.1.730, cité dans la *Rev. trim.* de 1927, n° 3, p. 683.

lui donne naissance. Et nous pouvons rappeler ici la conception canonique — qui fut aussi celle des coutumes — qui exigeait la bonne foi pendant tout le temps requis pour la prescription et qui, par conséquent, se rapportait à *l'exercice* même de la possession (1).

1. Comp. P. Collinet, *Cours de Pandectes*, 1923-1924, L. I, chap. I et II, sect. I et surtout sect. III, pag. 231-281. Adde, Bonfante, *Essenza della « bona fides »*, qui trouve au phénomène éthique — comme support — soit une action, soit une pensée. Il faut distinguer, en outre, la bonne foi *concrète* de la bonne foi *abstraite* et se souvenir que, cette dernière, suppose la vertu de l'ordre (Comp. Cass. Dalloz, 53.1.102).

Sur une position contraire à la nôtre, v. J. Dabin, *op. cit.*, sect. III, chap. II, nos 139-141.

CHAPITRE IV

LA THÉORIE DU MARIAGE PUTATIF.

« Il n'y a pas de principe qui doive prévaloir contre la justice ; et même, à vrai dire, ce qui heurte la justice n'est pas un principe. »

Barreau (*De la bonne foi*, p. 153).

SECTION UNIQUE.

L'autorité de la bonne foi.

§. 1. Position du problème. — §. 2. Considérations générales explicatives. — §. 3. Le mariage putatif, l'institution du mariage et l'autorité de la bonne foi.

§. 1. — POSITION DU PROBLÈME.

165. — Après avoir ainsi constaté le rattachement de trois des plus caractéristiques institutions juridiques du droit positif à la discipline de la bonne foi envisagée dans son triple aspect créateur (1), il nous sera facile de nous représenter l'idée directrice de cette discipline comme *une idée dominatrice* qui est principed'autorité et dont l'autorité se communique à ceux qui en sont constitués les gardiens responsables (2) à savoir les hommes en tant que sujets de droits.

1. V. ci-dessus, p. 280-281.

2. V. G. Renard, *Le droit, l'ordre, la raison*. Deuxième appendice, *Qu'est-ce que l'autorité*, p. 403.

Et si, à ce point de vue, il était encore besoin d'une illustration positive, la théorie du mariage putatif en fournirait une, la plus éclatante de toutes.

Cette théorie, exposée dans les articles 201 et 202 du code civil (1), est considérée habituellement comme une des plus curieuses (2) du droit civil. Elle est envisagée comme « une dérogation » apportée aux principes du droit commun « en faveur de la bonne foi », comme la dérogation la plus étendue, la plus *dérégatoire*, les effets de validation produits par elle allant à l'encontre d'une règle d'ordre public et ayant une étendue générale qui embrasse toutes les causes de nullité s'y rapportant. M. Ripert va jusqu'à l'appeler « le cas le plus grave dans lequel la bonne foi produit des effets particuliers » (3).

On connaît l'objet de cette théorie : un mariage inexistant, nul ou annulable, contracté de bonne foi, produit ses effets, — comme s'il avait été valable, — jusqu'à la sentence déclarant sa nullité. On connaît aussi les origines de cette théorie : le droit canonique. Et, ce qui est significatif, cette théorie paraît avoir été *la création de la doctrine*. On sait enfin qu'en droit moderne la condition de bonne foi consiste « à ignorer l'empêchement qui s'opposait à la formation du mariage ou le vice qui a rendu insuffisantes les formalités remplies pour

1. Art. 116. code ital. ; 96 code espagnol ; 1091-92 code portugais ; art. 183-84, code roum.

2. Jaubert, *op. cit.*, p. 187.

3. Ripert, *op. cit.*, chap. IV, p. 295.

sa célébration ». Mais, abstraction faite, pour le moment, des variations législatives dans le temps et à travers les différents pays, une question se pose en face de cette théorie : quelle est la puissance de cet état de bonne foi pour qu'il puisse valider ce que le droit annule ? Et comment des droits, que l'acte de mariage ne peut donner aux enfants qui en sont nés, la seule bonne foi de leurs parents peut-elle les leur conférer ? Comment expliquer cette vertu créatrice de la bonne foi ?

§. 2. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES EXPLICATIVES.

166. — On a cherché à répondre que la validation générale, que le mariage putatif produit, est une institution exceptionnelle et qu'elle s'explique par le rôle social du mariage, par l'utilité sociale de ne pas laisser dans un état de fait irrémédiable des enfants issus d'une union que les circonstances pouvaient faire croire légitime(1). Mais il s'agit de savoir comment on peut concilier les exigences catégoriques du droit avec les effets de la bonne foi, effets qui sont — tout au moins en apparence — en flagrante contradiction avec ses dispositions ?

On a repris alors l'ancienne idée de la dérogation à la règle juridique normale « au droit commun qui normalement s'applique toujours », et on a attribué cette dérogation à des raisons morales et commerciales.

1. Jaubert, *op. cit.*, p. 189.

167. — Nous allons voir tout de suite ce qu'il faut penser de cette interprétation. Pour le moment quelques considérations générales feront mieux comprendre la suite de nos raisonnements. Elles se réfèrent au fondement du droit. A ce sujet, nous croyons que, de même que la terre nous révèle dans certains points de sa surface — là où les bouleversements ont été plus profonds et où le temps a plus aisément appliqué sa puissance d'érosion — les métaux nobles qui entrent dans sa composition et qui, à cause de leur grand poids, se sont enfoncés et ont plongé plus profondément dans l'écorce terrestre, pour ne reluire que rarement au soleil, de même le droit ne nous révèle son essence intime que rarement, là où les souffrances humaines ont été plus vives et où la lutte des passions, plus ardue et plus intense, a laissé entrevoir, dans la cicatrice des blessures, le fondement de l'ordre juridique. Or, la théorie du mariage putatif, au même titre que celle des contrats de bonne foi (1), est précisément une de ces institutions (2) où le fondement du droit apparaît dans toute sa pureté spécifique.

168. — On pourrait nous opposer l'objection que cette théorie n'est qu'une exception et que, comme telle, elle ne fait que confirmer la règle « du droit

1. V. *ci-dessus* n° 109, p. 233-234.

2. Il paraît, en effet, que cette théorie a eu pour cause probable l'exagération des prohibitions de mariage entre parents. (Pl. I, 1094).

commun », du droit qui « devrait normalement s'appliquer, abstraction faite de l'idée de bonne ou de mauvaise foi » (1). Mais nous croyons que, loin de confirmer la règle, l'exception ne fait que montrer son inexactitude, et que, par conséquent, on doit ou trouver une autre règle plus compréhensive, ou amender l'ancienne règle de manière à expliquer tous les cas, ce qui suppose la recherche des causes qui la font dévier. Et cela d'autant plus que notre cas n'est pas le seul où la bonne foi soit prise en considération par le droit positif, mais qu'au contraire il y en a, comme nous l'avons vu, beaucoup d'autres où se révèle, « ce véritable Protée, dont l'esprit se fait sentir partout et dont le corps ne se laisse bien saisir nulle part », qu'on trouve « exprimé ou non, à la base des dispositions les plus diverses » et que « l'on entend constamment invoquer dans les prétoires, au nom même de la Justice et, dans toute la vie courante des affaires, au nom même de la conscience » (2). Seulement M. Gorphe, — dont nous avons emprunté ces passages, — croit lui aussi qu'à la base de la théorie du mariage putatif il y a une raison qui dépasse la simple protection de la bonne foi et que « son admission a pour but d'éviter les inconvénients graves qu'aurait l'anéantissement rétroactif des effets du mariage annulé (3) ». Mais on doit remar-

1. Breton, *op. cit.*, p. 92, cité aussi par M. Ripert.

2. Gorphe, *op. cit.* Introduction, p. 9.

3. *Ibid.*, *loc. cit.*, p. 181.

quer que ces inconvénients existent aussi quand le mariage contracté de mauvaise foi est rétroactivement anéanti, et cependant on n'en tient pas compte. De sorte qu'il apparaît clairement que c'est dans l'effet propre de la bonne foi que l'explication doit être recherchée. Nous la voyons donc *s'imposer comme une autorité* qui commande la solution juridique. Mais pourquoi est elle prise alors en considération ? Car, si le droit commun est ataraxique, rien ne pourrait le faire fléchir, lui imposer de céder la place et de reconnaître cette autorité morale, de lui prêter sa puissance et son nom.

169. — Nous croyons que la réponse, la véritable, la seule réponse a été entrevue, dans un éclair de vision profonde — il y a une soixantaine d'années, — par M. Barreau, qui, envisageant le même problème, s'exprimait ainsi : « Nous ne dirons donc pas avec certains auteurs, d'ailleurs très estimables, que le législateur, en sanctionnant les effets civils de la bonne foi, s'est écarté des principes pour sauver l'équité, mais bien *qu'il a suivi le vrai principe, celui qui devrait seul être connu dans les lois* » (1). Autant dire que la théorie du mariage putatif ne constitue pas une exception et que le législateur — en la consacrant — n'a fait que se soumettre au principe fondamental du droit et reconnaître son autorité.

1. Barreau, *De la bonne foi dans les questions d'Etat et de session*. Thèse, Aix, 1868, p. 153.

En effet, nous pensons aussi que, si le cri de la bonne foi a été pris en considération dans les prétories — dans cette matière comme en toute autre et dans le droit moderne comme dans le droit canonique, — c'est qu'il était *le cri même du droit*, ayant l'autorité de la conformité à la discipline qui est à la base de l'ordre juridique.

Et si le droit ne paraît pas toujours lui correspondre, si quelquefois « un conflit semble s'établir entre des déductions logiques et ce qui est manifestement juste », cela tient à un simple défaut ou à une pure illusion d'optique. Loin de nier l'existence et la présence du seul et vrai principe du droit ou de lui chercher une solution de continuité, il faut, comme nous l'avons déjà fait, accuser seules « la faiblesse, les limites étroites de notre entendement qui ne sait voir les choses que par un seul côté à la fois » Car, « s'il nous était donné de nous élever dans une sphère plus haute, nous verrions clairement la juste principe suprême, duquel tous les principes émanent, auquel tous viennent aboutir, semblable à l'océan, d'où s'élèvent les eaux qui forment les fleuves et dans le sein duquel les fleuves vont s'absorber » (1).

§ 3. — LE MARIAGE PUTATIF, L'INSTITUTION DU MARIAGE
ET L'AUTORITÉ DE LA BONNE FOI

170. — Si nous revenons à la théorie du mariage putatif et si nous considérons l'institution du ma-

1. Barreau, *loc. cit.*, p. 153.

riage en elle-même, il est de toute évidence que cette dernière est l'institution sociale par excellence, car c'est sur elle que repose la famille, cellule fondamentale de toute société humaine (1). Elle est donc conforme à la discipline de la bonne foi ; mieux, elle n'en est qu'une manifestation éclatante. Le *foedus matrimonii*, le *consortium omnis vitae*, le contrat indissoluble qui oblige les époux à se prêter mutuellement fidélité, secours, assistance (art. 212, Code civil), toutes ces conceptions impliquent l'idée de bonne foi comme fondement de l'institution (2). C'est elle qui a fait du mariage une institution civile, tandis que le concubinage — qui laisse aux parties la possibilité de se soustraire aux obligations qui dérivent de l'union — a été laissé en marge des lois et du droit (3).

171. — Le législateur a donc cherché à entourer cette institution de toutes les garanties nécessaires pour qu'elle puisse répondre au but que son essence impliquait. En conséquence il a imposé des formali-

1. Comp. l'arrêt Foubert, Cass., 1^{er} mai 1855. S.55.1.337 et D. 55.1.147. Le tribunal proclame qu'il est du devoir de la justice de conserver au mariage *cette pureté qui fait aux yeux de tous le mérite et la force*, et la Cour d'appel, confirmant le jugement, fait remarquer que le mariage est dans le système de notre législation un engagement irrévocable qui touche aux intérêts les plus élevés de la famille et de la Société, dont il est la base essentielle.

2. V. note 1 de la p. 369, *supra*.

3. D'ailleurs même comme Société de fait, l'union libre peut produire des conséquences juridiques fondées sur la même autorité de la bonne foi.

tés au moment de *la conclusion* du mariage, formalités qui assurent objectivement la discipline de la bonne foi au moment de la manifestation des volontés. Dès lors la protestation de ceux, qui de bonne foi avaient ignoré les exigences légales, était de même nature que les dispositions du législateur et le caractère de l'institution civile. Et la théorie du mariage putatif, qui en a tenu compte, n'est pas en dehors du droit commun, car elle est la discipline de la bonne foi appliquée au moment de *l'interprétation et des effets* de la manifestation de volonté.

C'est donc l'autorité de cette idée qui explique les conséquences du mariage putatif. Et cela est si vrai qu'on a dû aller plus loin et reconnaître la légitimité des enfants issus du mariage, ainsi que la validité des effets matériels du mariage jusqu'à la sentence de nullité, en dehors de l'état de bonne foi des époux et seulement en considération de la bonne foi des enfants et des tiers (1). La bonne foi de ces personnes n'a pas pu être méconnue plus longtemps, car elle s'affirme et leur confère les droits que son autorité impose ; les règles de droit qui s'en suivent s'inscrivent sous sa discipline et par suite sous celle du droit (2). Par là, l'étude de la bonne foi — de la

1. V. art. 132 et 133 du Code civil. suisse ; art. 132 ; « La nullité d'un mariage ne produit ses effets qu'après avoir été déclaré par le juge. Jusqu'au jugement, le mariage, même entaché de nullité absolue, a tous les effets d'un mariage valable »

2. Art. 133. « Les enfants, issus d'un mariage déclaré nul, sont légitimes, même si leurs père et mère n'étaient pas de bonne foi. Les droits et les obligations des parents et des enfants sont réglés comme en cas de divorce. »

bonne foi envisagée en tant qu'idée spécifique du droit — étant terminée, nous pourrons faire un pas de plus et aborder la recherche des autres éléments de notre définition du droit.

TITRE IV

Le but et les modalités du droit.

CHAPITRE UNIQUE

LES DERNIERS ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION.

*« Le droit est à son maximum
quand la contrainte est à son
minimum ».*

A. FOUILLÉ.

SECTION UNIQUE.

§ 1. Considérations générales et techniques. — § 2. Les termes exprimant les modalités du droit. — § 3. Le but du droit.

§ 1. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES ET TECHNIQUES.

172. — D'après ce que nous avons établi ci-dessus, à l'occasion des considérations générales portant sur le fondement du droit (1), la différence qui caractérise le droit idéal et qui exprime le but du droit trouvera sa place naturelle à la fin de la formule de la définition de l'idée du droit, comme étant impliquée par toutes les manifestations de cette idée. Conformément à ces observations et surtout en vue de faire ressortir la dernière, nous remettrons donc

1. V. ci-dessus, n^{os} 66-67.

l'examen de cet élément et la recherche de l'expression qui lui convient à la suite des investigations qui préciseront les autres termes de la définition concernant les modalités du droit.

Quand à ces modalités, elles correspondent aux quatre autres manifestations de l'idée du droit qui restent à être envisagées (1), à savoir *le droit individuel, le droit social, le droit positif et le droit en vigueur*. De ces quatre manifestations, les seules qui sont encore caractéristiques pour l'idée du droit sont les deux dernières, le droit positif et le droit en vigueur. En effet, les deux premières, le droit individuel et le droit social ne sont que des précipités du droit subjectif et du droit objectif, que nous avons déjà considérés, et qui, par la suite, ressortiront indirectement du rythme que ces dernières ont inculqué à la définition même. Il s'ensuit que, pour la clarté de la définition (2), nous n'aurons plus à les prendre en considération une seconde fois et d'une manière spéciale. Au contraire, les deux dernières manifestations, constituées par le droit positif et le droit en vigueur, fournissent les notions propres (3) de l'idée du droit, celles qui, dans la série téléologique, correspondent aux termes qui expriment les moyens pratiques de réalisation ; elles devront donc être évoquées directement dans la formule de la définition et, par suite, nous serons obligé de les envisager à part.

1. *Idem*, nos 30, 52 et 64.

2. *V. ci-dessus*, n° 35, p. 77.

3. *V. Lefebvre, Traité élémentaire de logique*, n° 15.

§ 2. — LES TERMES EXPRIMANT LES MODALITÉS DU DROIT.

173. — Le droit positif et le droit en vigueur, qui sont les manifestations par lesquelles l'idée du droit se réalise pratiquement, se déroulent respectivement sur les deux plans des faits et des actes humains, le plan historique (1) et le plan judiciaire (2). Il s'ensuit que l'idée du droit, envisagée sous ces deux aspects, — positif et en vigueur, — sera caractérisée par les différences spécifiques des deux plans, — historique et judiciaire, — sur lesquels elle se réalise.

Or, la vérité historique s'obtient par *la délimitation* des diverses manifestations individuelles ou collectives. Ce sera donc cette expression : *délimitation des diverses manifestations individuelles et collectives*, qui spécifiera cette manifestation de l'idée du droit qui est le droit positif. Et comme, d'une part, c'est par cette manifestation et en vertu de sa positivité que l'autorité et la discipline *seront imposées* et comme, d'autre part, cette délimitation se fera *conformément* à ce principe de vérité sociale qui est la bonne foi, la formule se précisera ainsi : *le droit c'est la discipline et l'autorité de la bonne foi imposées par la délimitation conforme des manifestations individuelles et collectives*.

Quant à la vérité judiciaire, elle s'obtient à l'aide

1. Comp. M. Hauriou, *Le pouvoir, l'ordre, la liberté et les erreurs des systèmes objectivistes*, article dans *Revue de Métaphysique et de Morale*, année 1928, n° 2, p. 193-194.

2. A. Stoop, *op. cit.*

de l'action et de la défense en justice. Par suite, l'idée du droit, sous sa manifestation du droit en vigueur, se spécifiera comme *permettant d'actionner et de repousser ceux qui la méconnaissent* dans ses principes et ses réalisations.

Cette dernière formule aura l'avantage d'évoquer et de suggérer la sanction coercitive nécessaire, sans pourtant en faire un élément indispensable, en contradiction avec les données du droit international (1).

1. V. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 4^e éd., chap. I, *Du droit en général. Définition du mot droit*, p. 26-27. M. Capitant s'exprime ainsi : « Le droit international public est donc un droit imparfait, car la possibilité de la contrainte *est nécessaire* pour donner au droit une complète garantie d'efficacité. Néanmoins l'idée de contrainte n'est pas indispensable à la notion de droit. L'autorité de la loi réside dans la conviction qui existe chez la très grande majorité des hommes, que ses prescriptions sont nécessaires au maintien de l'ordre social. » Dans le même sens v. G. Cornil, *Le droit privé*, p. 8, qui nous dit : « qu'il serait excessif de placer dans la sanction-contrainte, la caractéristique de la règle du droit » (p. 8). Et M. Cornil donne, à part l'exemple du droit international, celui de l'action exercée par un particulier vis-à-vis de l'État et qui peut faire valoir son droit à son encontre sans « être pourtant à même d'exercer aucune contrainte physique sur les pouvoirs publics, qui sont précisément eux-mêmes les dépositaires de la force coercitive ». Et il nous explique ainsi ce phénomène : « Si en fait l'État souverain s'incline devant les décisions judiciaires rendues au profit de particuliers, c'est apparemment qu'il se rend compte que l'opinion publique recèle une force supérieure à celle des gendarmes et qu'à s'aliéner le sentiment général, l'État compromettrait son autorité et risquerait, en somme, de voir briser finalement, par la force brutale de la masse, sa puissance coercitive toujours plus ou moins conventionnelle. Impossible de découvrir en tout ceci une coercition ou contrainte physique qui sanctionnerait le droit du particulier à l'encontre des pouvoirs publics... » (p. 9). V. en sens contraire M. Lévy-Ullmann, *La définition du droit*, p. 148 : « ... l'énoncé de la sanction constitue... dans la définition

En même temps elle sera de nature à rallier autour d'elle cette partie des peuples extrêmes-orientaux, à qui la conception d'une contrainte civile imposée de force, sans le consentement ou l'adhésion de celui qui doit la subir, répugne (1).

Cela ne veut pas dire que nous penchons ou que nous proposons le retour vers un état social primitif, mais au contraire cela signifie que nous entrevoyons la possibilité d'un état plus avancé que le nôtre. Car, si l'organisation de la sanction et, pour ainsi dire,

du droit, la précision de son unique élément spécifique ». *Adde*, p. 62-64 et 68. Comp. la position prise par M. Le Fur, qui affirme qu'« il faut reconnaître que, en ce qui concerne le droit positif, une sanction également positive est, sinon de l'essence du moins de la nature du droit » (*Droit naturel*, p. 20). Comp. aussi Gény, *Science et technique*, I, p. 47, note 4, avec beaucoup de références.

1. V. G. Padoux, dans sa *Préface* au livre de Leang K'i-Tch'ao : *La conception de la loi*, p. x. M. Padoux fait remarquer que : « dans la pratique courante de l'intérieur du pays (en Chine), une décision de justice au civil ne s'exécute qu'autant que la partie perdante y a acquiescé, car il serait contraire à l'ordre naturel d'user de contrainte à l'égard d'un individu libre ». A ce sujet comp. Duhaut, *De la forme*, ... p. 51. L'auteur nous montre « que les formalités de l'actio sacramenti indiquent que celle-ci doit son origine au sentiment d'indépendance individuelle, qui s'oppose à ce que l'autorité sociale intervienne dans les affaires privées sans l'aveu du citoyen que la chose concerne... » et plus loin, à la p. 109 : « Le juge est appelé seulement à donner son avis. Aussi, dans le cours du procès, il ne peut faire aucune injonction aux parties : aussi sa sentence ne sera-t-elle pas un ordre ou une défense à la partie succombante, mais une opinion (sententia), une explication (pronunciatio) ou une controverse ». Quant à la conception chinoise, M. Padoux ajoute : « D'autre part, la loi positive étant l'expression de la loi naturelle, sa violation, même lorsqu'elle prescrit des règles purement civiles, entraînera en même temps une sanction pénale, parce qu'elle sera en même temps une infraction à l'ordre préétabli, infraction susceptible de causer à son tour un trouble dangereux pour le pays » (*loc. cit.*).

son obligativité, peut constituer un progrès remarquable par rapport à un état anarchique, la prestation libre et volontaire de la condamnation peut être envisagée comme un idéal correspondant à un état de haute civilisation et de haute conscience. Mais, par là, nous quittons le terrain du droit positif et du droit en vigueur, et nous nous engageons dans le domaine du droit idéal.

Avant d'aborder cette dernière manifestation de l'idée du droit, jetons un regard d'ensemble sur la formule jusqu'ici obtenue. En y incrustant la dernière expression, elle apparaît définissant le droit comme : *l'autorité et la discipline de la bonne foi imposées par la délimitation conforme des actions individuelles et collectives permettant d'actionner et de repousser ceux qui y contreviennent.*

§ 3. — LE BUT DU DROIT.

174. — Une fois les modalités du droit envisagées et évoquées dans la formule de la définition, il nous reste à nous occuper de son dernier élément, celui exprimant le but du droit.

Cet élément correspond, dans la série téléologique, à celui qui indique la fin *intentionnelle* d'une idée. Mais la fin intentionnelle tend à combler *un manque*. C'est ce dernier qui « oriente la série des causes vers l'acquisition de ce qui manque, et qui par suite constitue le véritable terme initial » (1).

1. V. Goblot, *La logique des jugements de valeurs*, chap. III, pag. 32 : « Dans le cas de la finalité intentionnelle, le terme ini-

Or, comme on l'a fait très justement remarquer, la nécessité du droit ne naît qu'avec la volonté de l'homme de vivre *pacifiquement* en société (1). C'est donc ce désir de paix, expression du sentiment de son manque, qui détermine le jugement de la valeur de l'idée de bonne foi, lequel détermine lui-même et oriente la volonté qui délimite et qui actionne. C'est donc la paix qui est le but du droit (2).

En effet le droit idéal qui exprime le but du droit, se réalise sur le plan philosophique (3), qui est le plan de la sagesse humaine (4). La vérité philoso-

tial est en apparence, la volonté. Ne pourrait-elle pas se définir en un sens la faculté d'initiative ? Mais il n'y aurait pas volontés s'il n'y avait pas d'abord quelque idée de la fin : l'effort volontaire est le premier en date des moyens de réalisation de l'idée. Pour que l'objet de l'idée soit pris pour fin, il ne suffit pas que cet objet soit représenté à l'esprit, il faut qu'il y ait une raison de le vouloir, qu'il soit jugé bon. C'est le jugement de valeur (le motif) qui détermine la volonté. Mais ce jugement de valeur résulte lui-même d'un désir, d'un besoin, d'une tendance, d'une aspiration (le mobile), antérieure à l'idée elle-même. Le véritable terme initial est *le manque* et il y a finalité quand le manque oriente la série des causes vers l'acquisition de ce qui manque. Il y a finalité intentionnelle quand le désir, qui est le sentiment du manque, détermine le jugement de valeur, lequel détermine et oriente la volonté ».

1. Paul Moriaud, *La question de la liberté et la conduite humaine*, § 2. *Le fondement naturel du droit*, p. 157.

2. Comp. Ihéring, qui affirme que : « la paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre » (*La lutte pour le droit*, cité par M. Jossierand, *De l'esprit des droits*, p. 55).

3. C'est ce qui explique la constatation faite par M. Lévy. Ullmann « qu'en ce qui concerne les définitions par le *but* ou définitions sociologiques, ce sont des « *philosophes* et des sociologues, plutôt que des juristes de profession, qui s'en sont occupés ».

4. V. la définition de la philosophie donnée par M. Paul Janet dans son *Traité élémentaire de philosophie*, n° 1, pag. 2 :

phique consiste donc dans le maintien de la tranquillité et du repos de l'âme. C'est donc *ce maintien de la paix* qui caractérisera aussi le droit idéal. Ce qui est confirmé par les faits, car l'idéal du droit consiste à faire cesser ou prévenir les conflits humains (1), suscités par le besoin, par l'égoïsme individuel, parfois aussi par l'envie et par la haine. Le législateur ne fait que poursuivre cet idéal d'apaisement social dans l'œuvre positive qu'il crée. Et l'organisation judiciaire qui tâche de solutionner les conflits existants n'a pas d'autre but.

Ce but ne correspond pas d'ailleurs à une simple « inspiration personnelle » (2), mais, au contraire, à une valeur objective se rattachant à la constatation de *ce besoin de sécurité* qui fait évoluer et transformer le droit, et qui est le besoin « le plus important » auquel celui-ci, comme fondement de l'ordre social, est appelé à répondre (3). Besoin de sécurité, besoin de paix, c'est à quoi répond l'organisation sociale basée sur le droit.

La paix, *le maintien de la paix parmi les hommes* voilà le but du droit, l'expression qui lui convient

« La philosophie est la sagesse fondée sur des principes acquis par la libre réflexion ».

1. Comp. Geny, *op. cit.*, I, chap. IV, n° 48, p. 141, d'après lequel le droit positif a pour objet propre « de trancher les conflits d'intérêts humains suivant un idéal de justice ». V. aussi Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 119 : « Le droit résulterait, d'après l'école sociologique, de l'intervention exercée par la société dans son propre intérêt, intervention destinée à faire cesser ou prévenir les conflits ».

2. V. Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 117.

3. *Ibid.*, loc. cit., pag. 116.

dans la formule de la définition de l'idée du droit.

Cette expression a, du reste, l'avantage de pouvoir rallier autour de la définition les suffrages de la conception slave du droit (1). Elle correspond, en outre, aux aspirations pacifiques qui caractérisent l'effort moderne cristallisé dans l'institution de la Société des Nations et de la Cour de la Haye.

Elle achève donc d'une manière symbolique cette définition qui, complétée par elle, affirme que *le droit c'est l'autorité et la discipline de la bonne foi imposées par la délimitation conforme des manifestations individuelles et collectives, permettant d'actionner et de repousser ceux qui y contreviennent, pour maintenir la paix parmi les hommes.*

1. Comme illustration de cette conception, voir l'art. du professeur J. Peritch, de l'Université de Belgrade : *La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés* (Rev. trim. de droit civil, année 1929, n° 1, pag. 5-15). L'auteur, qui affirme que « *la loi primordiale qui gouverne les hommes et la société est la paix* », conclut ainsi son article : « Comme nous le voyons, la conception romaine du droit privé, conception païenne et non chrétienne, a conduit l'humanité à des luttes, c'est-à-dire à des souffrances ; une conception chrétienne du droit privé doit la conduire à la paix. Le droit privé, le droit le plus important, ou mieux, l'unique droit, a été la cause des malheurs humains, mais c'est de lui que nous viendront aussi la paix et le bien-être. Seulement le jour où ceci s'accomplira, il n'y aura plus de droit privé, la paix et le bien-être sociaux sont intimement liés à la disparition du droit privé. Les justes n'en prendront certainement pas ombrage, le but de leur vie publique étant précisément *d'amener la paix parmi les hommes* en les détournant de leur mentalité atavique d'être juges dans leurs propres causes (c'est-à-dire de vider leurs conflits d'intérêts par force et lutte), et en les décidant de s'en remettre pour leur liquidation aux hommes, notamment aux juges, qui sont mus par un idéal divin, car la justice est l'image de Dieu sur la terre ».

Et voilà la formule complète de notre définition expressive du droit, de celle qui exprime l'idée du droit de manière à nous faire comprendre son essence. Elle envisage cette idée dans toutes ses manifestations caractéristiques. L'allure en cascade qui en résulte est de nature à faire évoquer la puissance de cette idée, ainsi que son rythme — qui, de sa finalité, remonte chargée de promesses — de la même façon qu'une cascade nous dévoile la force et la majesté du fleuve, pendant que sa chute fait resplendir vers le ciel ces nappes d'or et d'argent dans lesquelles se reflète l'arc-en-ciel, messenger du beau temps.

CONCLUSION.

« La doctrine joue dans la science du droit à peu près le même rôle que l'opinion publique en politique, et ce rôle est considérable : c'est elle qui domine l'orientation ; elle prépare, de loin, beaucoup de changements de législation et de jurisprudence, par l'influence de l'enseignement. »

PLANIOL

(*Traité élémentaire*, t. I, n° 52).

Une fois la définition expressive du droit dégagée, il nous reste à nous demander quelles sont, par rapport à nos points de départ, les directives qu'elle nous donne, pour voir si elle répond aux exigences qui l'ont rendue nécessaire et pour vérifier ainsi son utilité.

En affirmant le principe de la bonne foi comme fondement du droit, notre définition conduit, par là-même, à nier la conception du droit basé sur la force et par suite à repousser l'arbitraire en matière législative. Elle impose, au contraire, au législateur ce « minimum d'idéalisme » sans lequel il ne voit plus dans la loi « qu'un moyen de se faire obéir, de mettre au service de sa politique la puissance de l'organisation sociale (1). » Par là elle précise le

1. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, ch. V, p. 123.

caractère scientifique de la discipline juridique, puisque, comme l'indique M. Goblots, « cet ensemble de qualités toutes morales, de vertus, qu'on appelle *esprit scientifique*.... se ramène à soustraire la pensée à l'influence du sentiment et à l'arbitraire de la volonté (1). »

Bien plus, elle parfait ce caractère scientifique du droit, car la science vit des principes.

Déjà Platon se demandait, dans sa *République*, comment on pourrait appeler science, une discipline qui ignore son principe et dont les conclusions et les positions intermédiaires reposent sur ce qu'elle ignore. Si l'on ne peut plus dire aujourd'hui qu'on ignore le principe du droit, tout au moins doit-on reconnaître qu'il est présenté souvent d'une manière incidente, imprécise ou vague, ce qui ne convient pas du tout à une discipline scientifique. Notre définition l'affirme au contraire d'une façon bien apparente et précise. Seulement elle affirme celui qui correspond à l'*idée* du droit c'est-à-dire au droit pur, au droit en soi. En conséquence elle dirige la recherche des solutions jurisprudentielles des différents problèmes juridiques vers ce domaine scientifique qu'on désigne sous le nom de « *théorie du droit* » (2).

1. Goblots, *op. cit.*, chap. XVIII, p. 392.

2. *Revue Internationale de la théorie du droit*, année (1926-1927). Cahier 1-2, préface, p. 1 Comp. ce passage caractéristique : « De plus en plus on se rend compte de l'importance décisive que présente une solution satisfaisante de ces questions d'ordre général pour tout auteur qui étudie n'importe quel problème ju-

Cette théorie, nous l'avons déjà entrevue dans ses lignes générales, par les résultats auxquels nous sommes arrivé en considérant le sens et la signification de la synthèse doctrinale, synthèse qui s'est imposée et précisée — en quelque sorte d'elle-même, au cours de notre étude.

Nous avons vu alors que les différentes théories juridiques concernant une même institution, correspondent à la prise en considération des divers moments qui caractérisent le développement du rapport institutionnel respectif et à son assujettissement technique à la discipline de la bonne foi, par rapport à ces moments.

Par suite c'est en fonction de cette idée qu'il faut interpréter ces diverses théories quant à leur application pratique, pour ne pas les fausser dans leur but et dans leur esprit.

C'est pour avoir perdu de vue ces vérités premières qu'il nous est donné de voir « en notre ^{xx}^e siècle, les juristes perdus non à la recherche de quelque procédure nouvelle, mais, chose plus grave, à la découverte d'une définition du droit (1) ».

« Du droit — remarquait-on encore — on enseigne tout, sauf le sens du mot ; on en décrit les atours, on ne le définit pas. Le problème fondamental de son

juridique spécial : en fait, une « théorie du droit » fondée sur des bases suffisamment solides, constitue un postulat premier de toute étude scientifique d'un système juridique concret ».

1. Jean Lucien-Bran, *Traditionalisme et laïcisation. Les théories modernes dans la philosophie du droit*, dans *Etudes, revue catholique d'intérêt général*, année 1924, n° 23, p. 516.

origine demeure un mystère ; les étudiants du haut enseignement public le soupçonnent à peine (1) ».

Ils le soupçonnent cependant !

Sorti des bancs du lycée, ce dépaycé qu'est l'étudiant en droit sent que, pour se guider dans le monde des idées auxquelles il va consacrer sa jeunesse, il ne lui suffit pas de faire un tour de paysage à la manière dont on visite habituellement un ancien château ou un musée, c'est-à-dire sans s'approcher ou toucher de trop près les choses précieuses et en se contentant seulement des étiquettes qui le font souvent douter de ses connaissances et surtout de ses idées.

Il se rend très bien compte que, pour satisfaire son âme pleine de jeunesse et imbuë d'idéal, il lui faut pénétrer plus avant, au cœur même de cette notion qui hante son esprit : LE DROIT !

Combien de choses ce mot lui fait rêver ! Avec quelle fougue d'âme il se donne à ses nouvelles études, le cœur et l'esprit ouverts, pour laisser pénétrer le souffle puissant que ce mot lui laisse sentir. Car on doit reconnaître qu'un jeune étudiant en droit est avant tout un jeune idéaliste.

Seulement l'idéalisme est la fleur rare qu'on doit cultiver et nourrir. Entretenir cette flamme sacrée et chère entre toutes, en facilitant à celui qui la porte dans son âme la continuité de son rêve, par l'élévation et l'expressivité des formules qu'on lui donne, est un devoir.

1. *Ibid.*, p. 517.

C'est à ce devoir que nous avons obéi.

Et, si nous l'avons fait, le mérite en revient à nos honorés maîtres qui, du haut de leur chaire, nous l'ont inspiré.

Nous ne pouvons que leur en témoigner notre reconnaissance.

Vu : le Président de la thèse,
H. LÉVY-ULLMANN

Vu : le Doyen.
H. BERTHÉLEMY

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris.
S. CHARLÉTY

ABRÉVIATIONS EMPLOYÉES.

B. G. B.	Bürgerliches Gesetz buch (Code civil allemand).
C. civ. ou c. c.	Code civil (français).
Cuq, Manuel	Cuq, Manuel des Institutions juridiques des Romains. Paris, éd. I.
Cuq, Institutions....	Cuq, Les Institutions juridiques des Romains. Paris, éd. I.
Dig. ou D.	Digeste.
Girard, Manuel	Girard, Manuel élémentaire de droit romain. Paris, éd. II.
R. trim.	Revue trimestrielle de Droit civil (Paris, Sirey).

BIBLIOGRAPHIE.

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 12 vol. Paris, Marchal, 5^e éd., 1897, t. IV, p. 172 et note 41 *ter*.
- BAUDRY-LACANTINERIE et DIVERS. — *Traité théorique et pratique de droit civil*, 29 vol. Paris, 2^e éd., 1899-1903 (3^e éd., 1905-1909).
- Spécialement :
- BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE. — *Des obligations*, 4 vol. 1900, t. I, n^o 343, p. 345.
- BAUDRY-LACANTINERIE et BINET. — *Droit civil*, 3 vol., t. II, n^o 132-137, p. 58-59.
- BONFANTE (Prof. Pavie). — *Histoire du droit romain*, traduite par Jean Carrère et Fr. Fournier, sur la III^e éd. Bordeaux, Paris, Sirey, 1928, in-8^o, 2 vol.
- BONNECASE (Julien). — *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil* de G. Baudry-Lacantinerie, t. 2.
- COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol. Paris, Dalloz, 4^e éd., 1923, t. I.
- CUQ (Edouard). — *Les Institutions juridiques des Romains*, 2 vol. Paris, 1^{re} éd., 1891-1902.
- *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1 vol. Paris, 1^{re} éd., 1917 (2^e éd., 1928).
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, 9 vol. in-8^o, 2^e éd., t. 5.
- DEMOGUE (René). — *Traité des obligations en général*.
- DEMOLOMBE (C.). — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol. in-8^o, 3^e éd., t. XXIV, n^o 393.
- DOMAT (Jean). — *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. Luxembourg, 1702, 2 t. en 1 vol. in-folio, chap. IV, § 5 ; chap. XI, § 1 et 21 ; chap. XII, § 18.

- DUGUIT (Léon). — *Manuel de droit constitutionnel*, 1 vol. Paris, 4^e éd., 1923.
- FENET (P. A.). — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Paris, 15 vol. in-8°; Paris, 2^e éd. (1836), t. I, II, III et XIII (I : p. 66, 107, 124, 278; II : p. 163; III : p. 558; XIII : p. 8, 46, 171, 217, 143, 229, 319, 373).
- GIRARD (P. F.). — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1 vol. Paris, 2^e éd., 1898. Rousseau, in-8°.
- GROTIUS (H.). — *Le droit de la guerre et de la paix*. Nouvelle traduction par Jean Barbeyrac, 2 vol., 1729. Amsterdam, in-4°, t. I, § 6 et 8 du Discours préliminaire.
- HUC (Th.). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol., in-8°. Paris, 1894, t. VII, n° 90, p. 133.
- LAROMBIÈRE (L.). — *Théorie et pratique des obligations*, 7 vol. Paris, 2^e éd., 1885, t. I, p. 379 et suiv.
- LAURENT (F.). — *Principes de droit civil français*, 33 vol. in-8°. Paris, 3^e éd., t. XVI, n° 181-182, p. 243-244.
- MARCADÉ (V.). — *Explication théorique et pratique du Code civil*, 5 vol. in-8°. Paris, 8^e éd., t. IV, n° 466, p. 407.
- MASSÉ. — *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, éd. III, 1874, 4 vol. in-8°, t. III, nos 1434-1436.
- MAYNZ. — *Cours de droit romain*, 4^e éd., 1876-1877.
- PLANIOL (Marcel). — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol. Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 10^e éd., 1926.
- ROSSEL (Virgil). — *Code civil suisse*, édition annotée précédée d'une Introduction à l'étude du Code civil suisse. Paris-Lausanne. Introduction, p. 12.
- SAVIGNY (F. De). — *Traité de droit romain*, trad. de l'all. par Ch. Guenoux, 8 vol. in-8°, 1^{re} éd. 1846, t. V, p. 108 et suiv., 503 et suiv. Appendice XIII, n° 6.
- STEPHEN (Henry John). — *New Commentaries on the law of England*, 4 vol. London. Introduction, sect. I.
- TOULIER. — *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 14 vol., 5^e éd., t. VI, nos 335-339, p. 367 et suiv.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX.

A. — OUVRAGES LITTÉRAIRES ET PHILOSOPHIQUES.

- BOUTROUX. — *Préface à la Logique de Goblots*, p. XV-XVI.
- BRÉAL. — *Dictionnaire étymologique latin*.
- COULANGES (Fustel de). — *La cité antique*, p. 3, 223 et 230.
- DUPLESSIX (E.). — *La recherche de la sagesse*, p. 21.
- ENRIQUES (Fédérigo). — *L'évolution de la logique*, traduit de l'italien par G. R. Monod-Herzen. Paris, Etienne Chiron, 1926.
- FONSEGRIVE. — *Morale et Société*, p. 308.
- GOBLOT (Edmond). — *Traité de logique*, 1 vol. Paris, Collin, 1^{re} éd., 1918, in-18.
- *La logique des jugements de valeurs*. Paris, 1928, chap. II, p. 32.
- HOVELAQUE (E.). — *La Chine*. Paris, 1920, p. 104 et 124 et suiv.
- HUGO (Victor). — *Œuvres complètes*. Paris, 1882. Actes et paroles, I, Avant l'exil, p. 62.
- JANET (Paul). — *Traité élémentaire de philosophie*, 1 vol. Paris, Libr. Delagrave, 2^e éd., 1919.
- LALANDE (André). — *Vocabulaire technique et critique de philosophie*, 2 vol. Paris, Félix Alcan, 1926, t. I, p. 147, 179, 406.
- LAURENCIE (Fornel de la). — *Logique générale et appliquée*, 1 vol. Paris, Libr. Ch. Delagrave, 1906.
- LEFEBVRE (F.-M.-R.). — *Traité élémentaire de logique*, 1 vol. Louvain, Typographie de Charles Peeters, 1885, nos 15, 56, 57.
- LIARD (Louis). — *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, 1 vol. Paris, 2^e éd., 1888, chap. III, p. 156-171.
- *Logique*, 1 vol. Paris, 10^e éd., 1897, chap. IV, p. 20.
- PICTET (Adolphe). — *Les origines indo-européennes ou les aryas primitifs, Essai de paléontologie linguistique*, 3 vol. Paris, Sandoz et Fischbacher, 2^e éd., 1877, t. III.
- TAINÉ (Hippolyte). — *Histoire de la littérature anglaise*, t. I, chap. V, p. 357 et suiv.

WUNDT (Wilhelm). — *Logik* Zwei Bände. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1895. Zweite Band, Zweite Abtheilung, chap. IV, § 3, d.

B. — OUVRAGES JURIDIQUES OU A CARACTÈRE JURIDIQUE.

- ANTHONY. — *La force et le droit*. Paris, 1927.
- BEUDANT (Ch.). — *Le droit individuel et l'Etat*, 1 vol. Paris, Arthur Rousseau, 3^e éd., 1920. Avant-propos et chap. I, § 2 et 3.
- BONNECASE (Julien). — *La notion du droit en France au XIX^e siècle, Contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporain*, 1 vol. Paris, E. de Brocard, 1919. Avant-propos, chap. préliminaire, n^o 7, chap. I, II et IV.
- *Science du droit et Romantisme*, 1 vol. Paris, Sirey, 1928.
- BUFNOIR. — *Propriété et contrat*, 1 vol., éd. 1900.
- BUNGE. — *Le droit c'est la force*, traduit par E. Desplanque.
- CAPITANT (Henri). — *Introduction à l'étude du droit civil*. Paris, 4^e éd., chap. I, p. 26-27.
- CHARMONT. — *Le droit et l'esprit démocratique*.
— *La renaissance du droit naturel*, 1 vol. Paris, 1^{re} éd.
- CICÉRON. — *De finibus*, livre V, § 23.
— *De inventione*, livre II, § 53.
— *De legibus*, livre I, § 17.
— *De officiis*, livre I, § 7 et 13 ; livre III, § 6 et 29.
— *Paradoxa*, livre III, § 1.
- CORNIL (Georges). — *Essai de sociologie juridique simplifiée*. Paris, Marcel Giard, in-16, 1924 ; chap. I, p. 1-2, 4, 9.
- CRUET (Jean). — *La vie du droit et l'impuissance des lois*. Paris, Flammarion, in-12, 1908, 1^{re} partie, livre I, chap. II.
- DABIN (Jean). — *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*. Paris, Recueil Sirey, 1929.
- DAGUIN (Arthur). — *Axiomes, Aphorismes et Brocards du droit français*.
- DAVY (Georges). — *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, 1 vol. Paris, Alcan, 1922, II^e partie de l'Introduction.
- DEMOGUE (René). — *Les notions fondamentales du droit privé*, 1^{re} partie, chap. V et VII.

- FABREGUETTE. — *La logique judiciaire et l'art de juger*, II^e éd. Paris, 1926.
- FLACH (Jacques). — *Le droit de la Force et la Force du Droit*. Paris, Recueil Sirey, 1915.
- GENY (François). — *Méthode d'interprétation en droit*.
— *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 vol. Paris, Recueil Sirey.
- HAULLEVILLE (De). — *La définition du droit*, 1 vol. Bruxelles, Closson, 1875.
- IHERING (R. von Prof.). — *L'esprit du droit romain*, traduit par O. Meulenaere, 4 vol. Paris, 3^e éd., 1887, t. I.
- JOSSERAND (Louis). — *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 1 vol. Paris, Librairie Dalloz, 1927.
— *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*. Paris, Libr. Dalloz, 1928 ; Introduction n^o 4, I^{re} partie, n^{os} 5 et 19.
- KALENDERO. — *Droit prétorien et réponses des prudents*. Paris, 1885.
- LABBÉ. — *Préface aux Institutions juridiques des Romains de M. Cuq*.
- LAJOYE (R.). — *De la bonne foi dans les contraventions*.
- LAMBERT. — *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*.
- LEANG K'I-TCH'AO. — *La conception de la loi et les théories des légistes à la veille des Ts'in* (Extrait de l'histoire des théories politiques à la veille des Ts'in). Trad. Introd. et notes : Escarra et R. Germain. Pékin, 1926, in-8^o, chap. I, p. 1-5, 20, 22, chap. II, p. 15.
- LÉVY (Alessandro). — *La société et l'ordre juridique*, chap. I, p. 74, 76 et 83 et suiv.
- LÉVY-ULLMANN (Henri). — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, I. La définition du droit, 1 vol. Paris, Recueil Sirey, 1917.
- MAY (Gaston). — *Introduction à la science du droit*, 1 vol. Paris, Giard, 2^e éd., 1925. Avertissement, p. III ; chap. I, p. 5-6 ; chap. II, p. 11, 12 ; chap. III, p. 18, 19, 174.
- MONTESQUIEU. — *L'esprit des lois*, livre I, chap. I.

- MORIAUD (Paul). — *La question de la liberté et la conduite humaine*. Paris, 1897, chap. IV.
- MORIN (Gaston). — *La révolte des faits, contre le code*. Paris, 1920.
- *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, 1 vol. Paris, 1927.
- PADOUX (G.). — *Préface au livre de Leang K'i-Teh'ao. La conception de la loi*, p. X.
- PLATON. — *La République ou l'Etat*, traduite par Grou et revue par Saisset et Charpentier. Paris, 1868, livre I et livre IV.
- RAY (Jean). — *Essai sur la structure logique du Code civil français*, 1 vol. Paris, Félix Alcan, 1926, I^{re} partie, chap. VI, p. 104-116 ; III^e partie, chap. III, p. 199-219.
- RENARD (Georges). — *Le droit, la justice et la volonté*, 1 vol. Paris, 1924 ; XI^e conférence, p. 296-298 ; I^{re} conférence, p. 7 ; VII^e conférence, p. 209.
- *La valeur de la loi*, 1 vol. Paris, Recueil Sirey, 1924. I^{re} leçon, p. 9 ; III^e leçon, p. 56-57.
- REVILLOUT (E.). — *Les origines égyptiennes du droit civil romain*, in-8°. Paris, 1908.
- RICHARD (Gaston). — *Origine de l'idée du droit*.
- RIPERT (Georges). — *La règle morale dans les obligations civiles*, 1 vol. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2^e éd., 1927.
- RIQUET (Michel). — *Enquête sur les droits du droit et « Sa Magesté la Loi »*, 1 vol. Paris, édition Spes, 1927.
- ROTHER. — *L'esprit du droit chez les anciens*, 1 vol. Paris, 1928.
- RUMPH. — *Le droit et l'opinion*, traduit de l'allemand par M. L. Hugueney.
- SALEILLES (R.). — *Théorie générale de l'obligation*, 3^e éd. — Traduction annotée du Code civil allemand.
- SENN (Félix). — *De la justice et du droit*.
- *Les origines de la notion de jurisprudence*.
- STAMMLER (Rudolf). — *Théorie der Rechtswissenschaft* Halle, A. D. S. 1919. Vierter abschnitt, C. § 14, p. 318-323.
- WARNOTTE. — *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*. Bruxelles, 1927.

C. — COURS DE DROIT.

- BARTIN. — *Cours de droit civil approfondi*, année 1925-1926.
Des dispositions impératives et interprétatives de
volonté.
- COLLINET (P.). — *Cours de Pandectes*, année 1923-1924, *La
bonne foi dans l'usucapion*.
— *Cours de Pandectes*, année 1924-1925, *La bonne foi dans
les obligations*.
- GIFFARD. — *Cours de droit romain. Les obligations*, année
1925-1926.
- LÉVY-ULLMANN (H.). — *Cours de droit civil approfondi*, année
1925-1926. *L'avant-projet franco-italien* et année 1927-
1928. *L'obligation et le contrat au premier quart du
XX^e siècle*.
- PIÉDELIÈVRE (R.). — *Cours de droit civil approfondi*, année
1925-1926. *Théorie générale des obligations*.
- OUALID (Wiliam). — *Cours de législation industrielle*, année
1926-1927.

III. — THÈSES

- AMBELOUIS (G.). — *De la distinction des actions, en actions
« stricti juris » et actions « bonae fidei »*. Paris, 1887.
- BARREAU (P.). — *De la bonne foi dans les questions d'état et de
possession*. Aix, 1868.
- CAPITANT (René). — *L'illicite*, t. I. *L'impératif juridique*.
Paris, Dalloz 1928.
- COHEN (R. Marco). — *L'abstention fautive en droit civil et
pénal*. Paris, 1929.
- DUHAUT (H.). — *De la forme, de ses caractères et de ses règles
en droit romain*. Nancy, 1882.
- DUPUIS. — *Du pouvoir des juges dans les actions de bonne foi
en droit romain*. Paris, 1887.
- GALLAIX (Marcel de). — *La révision du Code civil autrichien*,
Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
1925.
- GORPHE (François). — *Le principe de la bonne foi*. Paris,
Dalloz, 1928.

- GRIVET (G.). — *Des exceptions en général et spécialement des exceptions d'équité dans les actions de bonne foi*, 1891.
- HUBRECHT (Georges). — *La dépréciation monétaire et l'exécution des contrats*. Paris, Dalloz, 1928.
- JAUBERT (J.). — *Des effets civils de la bonne foi*. Paris, 1899.
- JUSTIN (J.). — *Des actions « in bonum et aequum conceptae »*. Dijon, 1894, sect. II, p. 23-25.
- LÉGAL. — *De la négligence et de l'imprudence*. Paris, 1922.
- LEROY (Maxime). — *L'esprit de la législation napoléonienne. Esquisse d'une étude critique*. Nancy, Crépin, Leblond, 1898.
- MOENECLACY (Pierre). — *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*. Lille, 1914.
- MORNET (Marcel). — *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, 1804-1904*. Paris, 1904.
- PIÉDELIÈVRE (J.). — *Des effets produits par les actes nuls. Essai d'une théorie d'ensemble*. Paris, 1911.
- SIU TCHOAN-PAO. — *Le droit des gens et la Chine antique*, 1^{re} partie. Introduction, les idées. Paris, 1926.
- SPIES (François). — *De l'observation des simples conventions du droit canonique*.
- STATI (Marcel). — *Le standard juridique*. Paris, 1927.
- STOOP (Adrian). — *Analyse de la notion du droit*. Haarlem (H. D. Tjeenk Willink e Zoon), 1927.
- VALIMARESCO (Alexandre). — *La justice privée en droit moderne*. Paris, 1926.
- VALLET (G.). — *De l'influence de la bonne foi sur la possession immobilière*. Lyon, 1880.
- WERTHEIMER. — *Des avantages attribués à la bonne foi, relativement aux biens, en droit civil*. Paris, 1899.

IV. — ARTICLES DE REVUE

- BRÉAL. — *L'origine des mots désignant le droit et la loi en latin dans la Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, année 1883, p. 603-60.
- BRETON (André). — *Des effets civils de la bonne foi*. *Rev. critique*, 1926, p. 86-112.

- CAPOGRASSI (G.). — *Honeste vivere. Noti e discussioni* dans *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, octobre décembre, 1926, p. 558-565.
- CHAUFFOUR (V.). — *De l'équité dans le droit romain, De furtum conceptum* (Revue des revues) dans la *Revue de Législation* (Wolowsky), t. 28, p. 95.
- CHEVALIER (Jacques). — *Le concept et l'idée*, dans *Mélanges Hauriou*. Paris, Sirey, 1929, p. 111-136.
- CHKLAVER (Georges). — *Le fondement du pouvoir*, dans la *Revue générale du droit*, t. 47, année 1923, p. 187-225 et t. 48, année 1924, p. 18-26.
- CUCHE (Paul). — *A la recherche du fondement du droit* dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, janvier-mars 1929, p. 57-72.
- DEREUX. — *Etude des diverses conceptions actuelles du contrat*, dans la *Revue critique*, année 1901, p. 513-535 et année 1902, p. 105-124.
- DERÔME (Th.). — *De la loi, du droit et de la justice*, *Rev. critique*, 1865, t. 27, p. 121-152.
- DONATI (B.). — *Teoria delle discipline giuridiche e filosofia del diritto*, *Archivio giuridico*, Filippo Serafini, 1908, fasc. I, p. 3.
- *Il primo precetto del diritto : « Vivere con onesta »*. *Archivio giuridico*, F. S., 1926, p. 151-189.
- FEITU (Emil). — *Domat et sa conception philosophique du droit* dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1869, t. 34, p. 46-75, 263-282 et 365-391.
- GOBLOT (Edouard). — *Le concept et l'idée* dans *Scientia*, année 1912, t. XI, p. 101-114.
- GRASSAYE (Jean Breth de la). — *La théorie de la responsabilité en droit pénal et en droit civil*, dans la *Revue générale de droit, de la législation et de la jurisprudence*, année 1928-1929.
- GUETZEVITCH (Mirkine). — *L'État soviétique et l'État de droit* dans la *Revue de droit public et de la science politique*, année 1927, n° 2, p. 309-326.
- HAURIOU. — *L'ordre social, la justice et le droit*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, année 1927, n° 4, p. 800.

- HUC. — *Mémoire sur le formalisme dans l'ancien droit romain*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1861, t. X, p. 21-145.
- HUVELIN (P.). — *Stipulatio, stips et sacramentum. Studi in onore di Carlo Fada*, t. VI, p. 77-107.
- KELSEN. — *Aperçu d'une théorie générale de l'État*, traduit par Eiseman, extrait de la *Revue du droit public*.
- LE FUR. — *Le fondement du droit*, dans la *Revue des Lettres*, nov.-déc. 1925, janvier 1926, p. 481, 506, 621-644, 51-62.
- *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique*, extrait de la *Revue de droit international*, juillet-août-septembre 1927.
- LE SELLIER. — *De l'intention en matière pénale*, dans la *France judiciaire*, t. I, p. 111-115.
- LÉVY (Emmanuel). — *Les droits sont des croyances*, dans la *Revue trimestrielle*, 1924, p. 59-63.
- LOUBERS (H.). — *Analyse de la volonté dans l'interprétation des contrats*, *Rev. gén. de droit*, 1906, p. 245-260.
- LUCIEN-BRUN (Jean). — *Traditionalisme et laïcisation. Les théories modernes dans la philosophie du droit*, *Etudes*, 1924, n° 23 (décembre).
- MARTIN (Al.). — *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil*.
- *De la jurisprudence du tribunal fédéral concernant l'abus du droit*, *Semaine judiciaire*. Genève, année 1922, nos 26-27.
- MAZEAUD (L.). — *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*. *Revue trimestrielle*, 1929, n° 1, p. 17-56.
- MEYNIAL. — *Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français*, *Revue historique du droit*. Haarlem, 1923, t. IV, fasc. 4, p. 415.
- PERREAU. — *Comment définir le droit*. *Rev. générale du droit*, 1918, p. 69-77.
- PERITCH (J.). — *La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés*, *Rev. trimestrielle*, 1929, n° 1, p. 5-15.
- VECCHIO (Giorgio Del). — *La giustizia. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, p. 143, 229, 418.
- VILLEY. — *De l'intention en matière pénale*, *France judiciaire*, t. I, année 1877, p. 1-8.

— *De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi,*
Idem, p. 318.

*** *L'héritage romain et le bolchevisme, Revue des Deux Mondes,*
avril 1927, p. 752-768.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.

AVANT-PROPOS	7
CHAPITRE INTRODUCTIF. — <i>Nécessité d'une définition expressive du droit.</i>	
Section I. — Origine de cette nécessité.	
§ 1. — Les manifestations symptomatiques à la veille de la guerre (nos 1 et 2)	11
§ 2. — L'évolution des idées pendant la grande guerre (nos 3 et 4)	15
§ 3. — La conception française du droit au XIX ^e siècle (n ^o 5)	22
Section II. — Nouvelles causes contribuant au desiderata de la définition expressive.	
§ 1. — L'insuffisance des solutions données (n ^o 6).	25
§ 2. — Les problèmes d'après la guerre (nos 7, 8, 9, 10)	27
§ 3. — Conclusions (nos 11 et 12)	33

PREMIÈRE PARTIE.

Analyse technique de la définition expressive du droit.

CHAPITRE PREMIER. — *Le caractère, la nature et le sens de la définition expressive.*

Section I. — Les données du problème.

§ 1. — Aspect négatif des nouvelles exigences : les critiques suscitées (n ^o 14)	39
§ 2. — Aspect positif de la question : la définition unique et scientifique du droit (n ^o 15)	40

Section II. — Nature de la définition expressive.

§ 1. — Objections et illusions à dissiper (n ^o 16)	43
--	----

§ 2. — Définitions essentielles et définitions descriptives; définitions intrinsèques et définitions extrinsèques (n ^{os} 17 et 18)	44
§ 3. — Rôle de la qualification d'expressive donnée à la définition du droit (n ^o 19)	47
<i>Section III. — Le caractère juridique de la définition du droit et le sens de son expressivité.</i>	
§ 1. — Définitions explicatives et définitions constructives (n ^{os} 20 et 21)	49
§ 2. — Sens de la qualification d'expressive donnée à la définition du droit (n ^o 22)	50
<i>Section IV. — La définition scientifique.</i>	
§ 1. — Connaissance et action; lois naturelles et lois humaines (n ^{os} 23 et 24)	51
§ 2. — La définition expressive, définition scientifique. Définitions géométriques et définitions empiriques (n ^o 25)	54
§ 3. — Considérations philosophiques (n ^o 26)	57
CHAPITRE II. — Les éléments caractéristiques de la définition expressive du droit.	
<i>Section I. — Aperçu général sur la composition logique de la définition unique du droit.</i>	
§ 1. — Le nombre théorique des éléments formels de la définition proprement dite (n ^{os} 27, 28, 29, 30 et 31)	61
§ 2. — Contenu et constitution technique de la définition proprement dite (n ^{os} 32 à 34)	71
§ 3. — Conclusions (n ^o 35)	77
<i>Section II. — Considérations autour de la nature du défini dans la définition expressive du droit.</i>	
§ 1. — Nécessité de fixer la nature du défini (n ^{os} 36 et 37)	79
§ 2. — Définitions nominales et définitions réelles. Conception philosophique adoptée (n ^o 38)	82
§ 3. — La définition du droit, définition idéologique (n ^{os} 39 et 40)	88
§ 4. — Méthode à suivre dans l'élaboration de la	

définition (n° 41).....	91
§ 5. — L'idée du droit et les avantages de la définition idéologique (nos 42 à 47).....	93
§ 6. — La définition expressive du droit, définition philosophique (n° 48)	109

DEUXIÈME PARTIE.

Formule de la définition expressive du droit.

TITRE PREMIER

L'ESSENCE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER. — *L'essence proprement dite du droit.*

Section I. — Considérations générales.

§ 1. — Caractère technique de l'élément exprimant l'essence du droit (nos 50 et 51).....	115
§ 2. — Les deux aspects originaires du droit : le droit objectif et le droit subjectif (n° 52).....	120

Section II. — Les termes exprimant l'essence du droit.

§ 1. — Le plan scientifique et le plan politique (n° 53)	121
§ 2. — Le premier terme du genre prochain de l'idée du droit : le mot <i>discipline</i> (nos 54 et 55).	123
§ 3. — Le caractère synthétique du mot discipline (n° 56).....	125
§ 4. — Critique du substantif <i>délimitation</i> (nos 57 et 58)	127
§ 5. — La compréhension du mot discipline (nos 59 et 60)	132
§ 6. — Le second terme du genre prochain de l'idée du droit (nos 61, 62 et 63).....	135

CHAPITRE II. — *Le fondement du droit.*

Section I. — Considérations générales.

§ 1. — Questions techniques (n° 64).....	139
§ 2. — Le fondement du droit et le droit naturel (n° 65)	140

§ 3. — Droit naturel et droit idéal (n° 66).....	142
§ 4. — La notion caractérisant le droit naturel et celle spécifiant l'idée du droit (n° 67).....	144
<i>Section II. — Considérations historiques et doctrinales sur le fondement du droit.</i>	
§ 1. — Les théories en présence et les perspectives qu'elles ouvrent (nos 68 et 69).....	146
§ 2. — La liberté et la justice comme fondements du droit (nos 70, 71 et 72).....	152
§ 3. — Le fondement de la justice et la notion de <i>bonne foi</i> (n° 73)	156
§ 4. — La notion de bonne foi et la notion du droit : plan (n° 74)	158
<i>Section III. — Notions préliminaires sur la notion de bonne foi.</i>	
§ 1. — Les différents états qui caractérisent la bonne foi (n° 75)	159
§ 2. — L'unité de la notion de bonne foi (n° 76)..	163
§ 3. — La fonction sociale de la notion de bonne foi (n° 77).....	164
<i>Section IV. — La leçon des siècles sur les notions de la justice et du droit.</i>	
§ 1. — La justice, l'honnêteté et la bonne foi (nos 78, 79, 80, 81 et 82).....	166
§ 2. — La notion du droit : sa signification étymologique (nos 83, 84 et 85).....	176
§ 3. — L'état de conformité et le fondement commun de la justice et du droit (nos 86 et 87).	182
§ 4. — Questions à envisager (n° 88).....	186
<i>Section V. — La bonne foi, fondement du droit.</i>	
§ 1. — Vérité morale et vérité juridique (nos 89 et 90).....	187
§ 2. — Le fondement de la notion d'honnêteté envisagée sous l'aspect d'une vérité naturelle (n° 91).....	192
§ 3. — L'honnêteté fondement du droit naturel (n° 92).....	194
§ 4. — La notion de bonne foi, critère de la vérité sociale (nos 93, 94 et 95).....	195

- § 5. — La notion et l'idée de bonne foi constituent le contenu de l'élément représentant le fondement du droit (n^o 96 et 97)..... 202
- § 6. — La formule du droit naturel (n^{os} 98 à 106). 207

TITRE DEUXIÈME

LA BONNE FOI, NOTION SPÉCIFIQUE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER. — *Origines de la notion de bonne foi.*

Section I. — Considérations générales.

- § 1. — Contemporanéité des idées du droit et de la bonne foi (n^o 107)..... 227
- § 2. — Causes qui ont contribué à masquer ou à maintenir dans un clair obscur symbolique la notion de la bonne foi (n^o 108)..... 230
- § 3. — Considérations qui nous ont déterminé à envisager la bonne foi sous la forme d'une idée (n^{os} 109 et 110)..... 232

Section II. — Considérations historiques.

- § 1. — Les disciplines desquelles le droit s'est dégagé : la discipline religieuse et la discipline morale (n^o 111) 236
- § 2. — La précipitation du contenu de la notion spécifique du droit ; les éléments qui la composent (n^{os} 112 à 114)..... 239

Section III. — Considérations étymologiques.

- § 1. — L'appellation chinoise du droit naturel : le Fa et sa signification (n^o 115)..... 243
- § 2. — Les rites et le droit religieux. Fa et fas (n^o 116)..... 244
- § 3. — La Fides : son sens religieux primitif et ses rapports avec le Fas (n^o 117)..... 248
- § 4. — La laïcisation de la signification de la notion de fides (n^{os} 118 et 119)..... 251
- § 5. — La transformation de la fides et la notion de la bona fides (n^{os} 120, 121 et 122)..... 256

CHAPITRE II. — *Caractère exclusivement juridique de la notion spécifique de bonne foi.*

Section I. — La notion technique de la bonne foi.

- § 1. — Signification particulière et spéciale des termes qui composent la notion de bonne foi, qui fait que celle-ci convient comme notion spécifique à la seule notion du défini : la notion du droit (nos 123 et 124)..... 259
 - § 2. — Caractère objectif et social de la notion de bonne foi (nos 125 et 126)..... 261
- Section II.* — L'évolution de la notion de bonne foi et de ses manifestations.
- § 1. — Le principe de l'enrichissement injuste et la notion d'équité (n° 127 et 128)..... 267
 - § 2. — L'aspect subjectif de la notion de bonne foi (nos 129 et 130)..... 275
 - § 3. — Caractère créateur de la bonne foi (nos 131 et 132) 278

TITRE TROISIÈME

LA BONNE FOI, NOTION GÉNÉRALE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER. — *Théorie de la responsabilité délictuelle.*

Section unique. — La compréhension de la notion de bonne foi.

- § 1. — Bonne foi et bonne intention ; différences (n° 133)..... 283
- § 2. — Mauvaise foi et intention de nuire. Imprudence ou négligence et intention de désconsidération (n° 134) 286
- § 3. — Diligence et prévoyance. La vertu de prudence (n° 135)..... 287

CHAPITRE II. — *La théorie contractuelle.*

Section I. — Le formalisme.

- § 1. — Opposition théorique entre le formalisme et la bonne foi (nos 136 et 137)..... 291
- § 2. — Le formalisme moderne et la réfutation de la théorie classique (nos 138-139)..... 300
- § 3. — Le formalisme comme moyen technique

de la discipline de la bonne foi (nos 140, 141, 142, 143 et 144)	302
§ 4. — Le principe de l'autonomie de la volonté et le formalisme (nos 145)	313
§ 5. — Formalisme et stylisation ; caractère aristocratique du formalisme (no 146 et 147)	316

Section II. — L'article 1134 du Code civil.

§ 1. — Analyse des alinéas de l'article 1134 (no 148)	324
§ 2. — Etude des travaux préparatoires et la conception de Domat (nos 149 et 150)	327
§ 3. — Sens et portée des alinéas de l'article 1134 (nos 151, 152 et 153)	333

Section III. — La discipline de la bonne foi en droit comparé et les différents moments du rapport contractuel.

§ 1. — Le sens de la synthèse (no 154)	340
§ 2. — La conception du Code civil italien (no 155).	341
§ 3. — La position du projet franco-italien des obligations (no 156)	343
§ 4. — Les dispositions du Code civ. allemand (no 157).	346
§ 5. — La formule du Code civil suisse (no 158)	349
§ 6. — Conclusions (no 159)	350

CHAPITRE TROISIÈME. — *La théorie de la prescription acquisitive.*

Section unique. — Sa conformité avec la discipline de la bonne foi.

§ 1. — Contradiction apparente (no 160)	353
§ 2. — La possession à titre de propriétaire (no 161).	355
§ 3. — La jurisprudence et l'impossibilité d'agir (no 162)	357
§ 4. — Le sens des articles 2262 et 2265 du Code civil français (nos 163 et 164)	359

CHAPITRE IV. — *La théorie du mariage putatif.*

Section unique. — L'autorité de la bonne foi.

§ 1. — Position du problème (no 165)	364
--	-----

§ 2. — Considérations générales explicatives (nos 166 à 169)	366
§ 3. — Le mariage putatif, l'institution du mariage et l'autorité de la bonne foi (nos 170 et 171) ..	370

TITRE QUATRIÈME

LE BUT ET LES MODALITÉS DU DROIT.

CHAPITRE UNIQUE. — *Les derniers éléments de la définition.*

Section unique.

§ 1. — Considérations générales et techniques (n° 172)	375
§ 2. — Les termes exprimant les modalités du droit (n° 173)	377
§ 3. — Le but du droit (n° 174)	380
CONCLUSION	385
ABRÉVIATIONS EMPLOYÉES	391
BIBLIOGRAPHIE	393
TABLE ANALYTIQUE	405

NOTE DE L'AUTEUR

Page 300, corriger le § 2 comme il suit :

§ 2. — Le formalisme moderne et la réfutation de la théorie classique.

Page 302, avant le n° 140, introduire :

§ 3. — Le formalisme comme moyen technique de la discipline de la bonne foi.

